

HACIA UNA HISTORIA PARALOGICA DEL DERECHO

JESÚS LALINDE ABADÍA

Catedrático de Historia del Derecho Español
de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: Introducción.—I. La Historia del Derecho como saber bifronte.—II. La tensión humana entre el «logos» y el «paralogos».—III. El sistema jurídico como aspiración del «logos».—IV. La evolución parológica del sistema jurídico a través de las ideologías.—V. Sobre una posible disolución futura de los paralogismos en una lógica de la Historia.

No creo que peque de originalidad si empiezo indicando que asisto muy gustoso a estas reuniones de incipientes profesores de las Facultades de Derecho, y que considero muy acertada la iniciativa¹. Si el sistema empleado para la selección de catedráticos y profesores agregados es el de cooptación, nada más natural que el que cooptantes y cooptados nos reunamos para intercambiar puntos de vista sobre nuestras disciplinas. Si el opositor se ve obligado a desnudarse conceptualmente ante el tribunal, aunque siempre lo hace a medias, en estas reuniones pueden ser los miembros de aquél quienes lo hagan, y en ello ganaremos todos; unos, porque disiparán sus dudas sobre las posturas de los otros, y éstos, porque al definirse experimentarán una cierta «liberación» de corte psicoanalítico. Todo ello, aparte de que ahora nos olvidemos todos de separaciones circunstanciales y, en gran medida, administrativas, para entregarnos al dulce encanto de la controversia erudita.

Desde hace unos años, muchos menos de lo que se presumirá por mi edad, ya que llegué a ella tarde, ejerzo una Cátedra de Historia del Derecho español, y esto, unido a la natural consecuencia de que empiezo a participar en tribunales de oposiciones, hace que en algunas de las «memorias» que forman parte de los ejercicios de aquéllas se trate de definir mi postura conceptual sobre la disciplina, atribuyéndome la de un «pluralismo jurídico», término que creo dice muy poco, pues, si acaso, no expresa más que la imputación de un eclecticismo, que es siempre una postura anodina. Lo único que me consuela ligeramente es que ese «pluralismo jurídico» no parece aludir realmente a una postura conceptual, sino a una diversificación expositiva

1. El presente artículo es la base de una conferencia pronunciada en las *Jornadas para Profesores de primer curso de las Facultades de Derecho* (Universidad Hispanoamericana de La Rábida) el día 3 de septiembre de 1975.

c, si se quiere, metodológica, en cuanto no sigo el mismo esquema en el desarrollo de los temas, muy varios, además, que constituyen el objeto de mis trabajos, los cuales ascienden en este momento a ocho libros y cerca de una cincuenta de artículos, en su mayor parte de notable extensión. Próximamente aparecerá una recensión amplia de mis dos obras de conjunto, que por proceder de un destacado colega ofrecerá una interesante imagen de la impresión que suscitan entre los profesionales².

Todo esto lo digo como si rehiciera mi primer ejercicio de oposiciones a Cátedra, a fin de justificar el que hoy venga a defender una posición conceptual, que yo califico, un poco «pour épater le bourgeois», como de «Historia paralógica del Derecho». No contiene nada nuevo, pues está dicho «casi» todo, y el «casi» restante sólo corresponde a figuras de excepción. El propósito es indicar cómo creo que contemplo la disciplina tras haber trabajado en ella durante unos años, años en los que uno experimenta idas y venidas, dudando en dónde sentarse. Como no hay nada nuevo, quizá sería práctico que, a la manera de los modernos «tests», se fueran numerando las diversas posturas historiográficas, limitándose uno a poner una cruz u otro signo en aquella con la que se mostrara conforme. Lo que sucede es que nunca se está de acuerdo plenamente con una postura, ni tampoco plenamente en desacuerdo con las demás, lo que da lugar al nacimiento de verdaderos «cocktails» conceptuales³, en los que habría que decir: «en esto estoy de acuerdo con A, pero en esto otro con B, etc.». Dado que resulta difícil para el lector la reconstrucción consiguiente, es más cómodo que cada uno desarrolle su postura, con el conocido método de apostillarla con notas. Esto es lo que voy a hacer, eso sí, sin ninguna aspiración a convencer, pues la naturaleza humana impele al intelectual a no dejarse convencer por el «prójimo» suyo, lo que creo constituye una de las leyes de la evolución del pensamiento.

2. Se trata del profesor Martínez Gijón, de la Universidad de Sevilla, y la indicada recensión ha aparecido en «Anuario de Historia del Derecho Español», 45 (1975), 627-40. Por razones de tiempo no puedo hacerme eco de un trabajo reciente de Salustiano de Dios, como lo merece por su interés, y que ha sido publicado en la revista donde aparece esta conferencia (cfr. «Historia, Instituciones, Documentos», 3, 1976, 189-222), revista que está constituyendo un éxito para el indicado profesor de Sevilla en cuanto es uno de los principales impulsores. Salustiano de Dios es un joven discípulo del profesor F. Tomás y Valiente.

3. Es significativo el caso del profesor J. M. Pérez-Prendes, quien concibe la «Historia total» como una convergencia de la Historia del Derecho, de Gierke; la Historia económica, iniciada por Marx; la Historia de las Culturas al modo de Alfredo Weber y los estudios sociales de Gurtvich, Mac Iver y Mannheim, aparte de que, anteriormente, y en cuanto discípulo de H. Thième se ha declarado diltheyano. Vid. su *Curso de Historia del Derecho español* (Madrid, 1973), 10. Considero que la combinación no carece de coherencia, aunque dudo sea compartida por otros representantes de la «Historia total».

I

En mi primer Manual⁴ afirmaba yo la «naturaleza bifronte» de la Historia del Derecho, y me esforzaba en demostrarlo a través de examinar la cuestión desde cuatro puntos de vista distintos, que calificaba, no sé si siempre muy exactamente, como empíricos, fenomenológicos, ontológicos y teleológicos. Matizaba que esta naturaleza se entendía en cuanto a la Enciclopedia de la Ciencia, en el sentido de que la Historia del Derecho era a la vez ciencia histórica y ciencia jurídica, y aún me preocupaba dejar esto bien claro al compararla con otras Historias especiales, como las del Arte, Literatura o Filosofía, diciendo que debía distinguirse entre Arte, Literatura o Filosofía, añadido «Derecho», y sus ciencias correspondientes. La Historia del Arte no es Arte ciertamente, pues ni siquiera es pintura, escultura, música o una de las llamadas «artes menores», pero es una de las ciencias del Arte y, además, contribuye poderosamente a la evolución de éste, pues el conocimiento del Arte pasado es uno de los elementos provocadores de los cambios artísticos, sea por adhesión, sea por reacción. Con más razón podría esto predicarse de la Historia de la Literatura, amén de que ésta pueda llegar a ser un género literario en sí o, al menos, un subgénero, y todavía más, de la Historia de la Filosofía, pues hay sistemas que la adoptan como base, y para Hegel, por ejemplo, la Historia de la Filosofía es ya Filosofía. La Historia de la Medicina no es Medicina, pero es una Ciencia de la Medicina, que los médicos estudian, no por mera erudición, ni aún siquiera por conocer los medios curativos del pasado, sino para comprender los sistemas terapéuticos y los principios en que se basan. El caso del Derecho es comparable al de la Filosofía, pues hay sistemas jurídicos que adoptan la Historia como elemento esencial, de tal forma que, como le sucede a nuestros llamados «Derechos forales», su justificación ideológica reside en que son históricos⁵. Es decir, la Historia del Derecho llega, incluso, a ser Derecho en algunos sistemas y, por descontado, forma parte de las Ciencias del Derecho. El jurista no la estudia por mero pasatiempo erudito, sino que la necesita para su labor interpretativa, la invoca frecuentemente en la práctica, y hasta no es raro que gane pleitos con ella. En los territorios forales, aun en aquellos en que las Compilaciones han cedido más en el terreno de la historicidad, se mantiene la «tradición jurídica» como elemento interpretativo, así en Cataluña y Baleares⁶, y en otros, su valor es superior todavía, como en Aragón

4. J. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970), párrafo 2.

5. Lo he destacado varias veces, sobre todo en mi artículo *Estudio del art. 1.º de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1961), 249-272.

6. Por eso lo he tratado específicamente en mis libros *La dote y sus privilegios en el Derecho catalán* (Barcelona, 1962) y *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el*

y, sobre todo, en Navarra, donde las viejas fuentes históricas se mantienen como vigentes.

Desde luego, la escuela histórica del Derecho es la que exaltó hasta el máximo el valor jurídico, no meramente científico, de la Historia del Derecho. Ese valor ha sido después rebajado, y hasta anulado, pero sin que ello afectara al valor científico, como puede verse en Enrique Mitteis, que se ocupó de la Historia del Derecho como parte de la ciencia histórica y como parte de la ciencia jurídica⁷.

Sin embargo, en los últimos tiempos se está produciendo un movimiento contrario procedente de la excesiva tecnificación de la Historia del Derecho y de la hostilidad de algunos historiadores generales, movimiento que, como es frecuente, puede radicalizarse en nuestro país.

La tecnificación de la Historia del Derecho procede de su exclusiva inclusión en las Facultades de Derecho, lo que ha motivado que, cada vez más, hayan sido juristas los que lo han impulsado, pensando, además, en que su trabajo tenía que ser útil para sus colegas presentes y futuros. La hostilidad de algunos historiadores generales procede de que consideran que la Historia del Derecho se anquilosa al construirse autárquicamente. Hasta aquí, las prevenciones contra la Historia del Derecho actual parecen justificadas, y son los propios inshistoriadores los que manifiestan su inquietud en ese sentido, como es el caso de Paradisi⁸, o el de Carlos S. Bader⁹, que parecen reconocer la necesidad de acentuar el aspecto histórico. La hostilidad de los historiadores generales es aceptable si es moderada, como sucedía en el caso de J. Vicens Vives¹⁰, no siéndolo en otros casos, como el de Godechot, a cuyos ataques contestó en su día P. Ourliac desde el campo de la Historia

Derecho catalán (Barcelona, 1965), así como en el artículo *Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (1966), 313-349.

7. H. MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte* (Weimar, 1947). En pág. 12 y ss. estudia la Historia del Derecho como Ciencia histórica, y en la pág. 37 y ss. como Ciencia jurídica.

8. Cfr. A. GARCÍA-GALLO, *Cuestiones de Historiografía jurídica*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 44 (1974), 741-64, con motivo de la reunión de trabajos historiográficos de Paradisi en *Apologia della storia giuridica*.

9. Vid. K. S. BADER, *Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers* (Tübingen, 1951). El autor da por descontado que el historiador del Derecho debe ser un jurista, y lo que se plantea es que debe ser más historiador que lo es en la actualidad.

10. Se presenta ahora a J. Vicens Vives como desdénoso con la Historia del Derecho, pero no lo considero así, pues lo que hacía era rebelarse contra las pretensiones de «suficiencia» demostrada por parte de aquélla. Su sensibilidad para lo iushistórico se aprecia en su controversia con A. García-Gallo, en el aprecio por el profesor J. M. Font Rius, y por el gran interés que prestó a mis trabajos iniciales sobre instituciones desde que formara parte del Tribunal que juzgó mi tesis doctoral sobre la institución virreinal en Cataluña. Lo mismo podría decirse de su gran discípulo Juan Reglá, desgraciadamente desaparecido.

del Derecho¹¹, ataques que, en ocasiones, están motivados por el disgusto que produce la falta de posesión de una técnica, frente a la cual se reacciona con un aparente desdén.

El peligro reside en la interpretación que puede derivarse de algunas posturas en los últimos tiempos, como la del profesor J. M. Pérez-Prendes y, sobre todo, la del profesor Francisco Tomás Valiente. El primero puede tener razón cuando afirma que combatir sobre si la Historia del Derecho es una disciplina jurídica o una disciplina histórica «es una discusión vieja carente de vitalidad e interés», pues, realmente, la discusión es vieja, y también en las polémicas eruditas se observa una especie de prescripción extintiva, pero puede también parecer que lo que hace es inclinarse por una de las dos posturas, al afirmar que «sólo» puede concebirse «inmersa en el concepto de la Historia total»¹². El término «Historia total», el de «a part entière» y otros similares, no tienen más valor que el de símbolos de una reacción contra la hegemonía de las Historias especializadas inconexas, pues no se concibe que la Historia, el Derecho, la Física o la Química estén destinadas a ser «parciales». En realidad, el calificativo adecuado era el de «unitaria» o, simplemente, el tradicional de «general», y en atención a ello he declarado en mi segundo Manual que el estudio profundo del desenvolvimiento histórico no puede sino realizarse dentro de la Historia general¹³, pero sin que tenga que disolverse en ella, pues el Derecho no puede prescindir de su concurso, lo que demuestra su condición de ciencia jurídica. A todo ello hay que añadir que, además de la preocupación que siempre ha sentido el profesor Pérez-Prendes por la dogmática, ninguna de las corrientes que declara constituir «su» Historia total han negado a la Historia del Derecho ese carácter de ciencia jurídica; antes bien, algunas de ellas lo presuponen, como es el caso de Gierke, y aun lo afirman expresamente, como es el caso de Thième¹⁴.

El profesor Francisco Tomás Valiente, a quien no satisface la solución del profesor Pérez-Prendes condensada en la frase a que se ha hecho mención, llega, sin embargo, a afirmar que en su opinión la Historia del Dere-

11. Vid. P. OURLIAC, *L'objet de l'histoire des institutions* (a propos du livre de M. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*), en «Revue Historique de Droit français et étranger», 33 (1955), 282-93.

12. J. M. PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, pág. 100.

13. J. LALINDE, *Derecho histórico español* (Barcelona, 1974), pág. 30.

14. Cfr. J. A. ESCUDERO, *Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 40 (1970), 269-86, conforme al cual resulta que la condición jurídica de la Historia del Derecho es tan fuerte para el historiador alemán que el problema que se plantea es el de si puede recibir el apoyo de las ciencias auxiliares de la Historia. Además, según Escudero, Thième dice que se nos ha prevenido mucho contra la dogmática, y no tanto sobre los peligros de una Historia excesivamente general.

cho «ni es ciencia jurídica... ni una realidad bifronte», sino que «es una especialidad de la Historia»¹⁵, pero sin esforzarse en demostrarlo. No creo que deba menospreciarse el que la Historia del Derecho ha empezado a ser construida por los juristas, alcanzando valor con la llamada «jurisprudencia elegante» por lo que se refiere a Alemania, según Mitteis¹⁶, pues la lingüística o la lógica, disciplinas a las que el profesor Tomás Valiente compara la Historia del Derecho, no han sido construidas por juristas, y cuando algunos de éstos se pronuncian por la creación de una «lógica jurídica» no vacilan tampoco en atribuir a ésta carácter jurídico, carácter que nadie atribuye, sin embargo, a la lógica o a la lingüística general, como tampoco se atribuye carácter jurídico a la Historia general. No es posible dejar de abordar el problema de los sistemas jurídicos historicistas, a los que tanta importancia he concedido yo, pues en ellos la Historia del Derecho es parte integrante del ordenamiento positivo vigente, y la Historia del Derecho constituye el principio filosófico e ideológico que los impulsa. No se puede erradicar de las Ciencias del Derecho a una disciplina que en algunos períodos ha llegado a ser considerado, no ya una rama del mismo, sino su sustancia¹⁷, lo que nunca le ha sucedido a la lógica ni a la lingüística, ni se puede considerar fuera del Derecho la disciplina que constituye un cincuenta por ciento de su esencia intemporal, puesto que la evolución de aquél se ha desarrollado siempre bajo la tensión entre su racionalidad y su historicidad¹⁸. A todo esto hay que agregar que el propio profesor Tomás y Valiente pasa a reconocer después que el concepto acerca de la Historia del Derecho depende del concepto albergado sobre el Derecho¹⁹, declaración que casi conduce al extremo contrario, esto es, al de una sumisión de la Historia al Derecho, lo que también resultaría excesivo.

En definitiva, la Historia del Derecho es tanto una ciencia histórica como una ciencia jurídica, y es perfectamente comprensible que un autor como el profesor García-Gallo oriente su Manual hacia los juristas²⁰, como también lo he hecho yo, si va destinado a aquéllos con preferencia a los historiadores. No es que se haga una Historia del Derecho diferente, sino que se emplea el lenguaje que mejor van a entender los destinatarios, en cuanto que es el

15. F. TOMÁS VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, en «Boletín Informativo de la Fundación Juan March», 35 (febrero de 1975), pág. 7.

16. H. MITTEIS, *op. cit.*, pág. 38, que cita expresamente a Alciato, Cujacio, Donello, Ulrico Zassio, a los que seguirán luego Hugo Grocio, Pufendorf, Justus Möser y Montesquieu.

17. Cfr. H. COING, *Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interpretation du Droit*, en «Archives de Philosophie du Droit» (1959), 1-9, pág. 2.

18. Resulta significativo el título de GIOVANNI AMBROSETTI, *Razionalità e storicità del Diritto*, trabajo aparecido en Milán, 1953.

19. F. TOMÁS VALIENTE, *op. cit.*, 11.

20. Vid. A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, I (Madrid, 1959), prólogo, XI-X.

lenguaje común con el resto de las asignaturas que nuestra disciplina va a compartir. Aparte de que existe un error muy general, y es el de confundir concepto con sistema de exposición. Se estima que una exposición cronológica lleva implícito un concepto de primacía de lo histórico sobre lo jurídico, y que, por el contrario, una exposición sistemática lleva aneja la superioridad de lo jurídico, también se dice de lo «dogmático», sobre lo histórico. Pero esto no es cierto, y de serlo lo es sólo en el primer caso. Imaginemos que un autor para el que el Derecho es autárquicamente rabioso, y no se preocupa para nada en conectarlo con las restantes manifestaciones de la vida social, expone los diversos sistemas en forma cronológica, esto es, los de los pueblos primitivos, romanos, visigodos, etc. Su sistema será cronológico, pero su obra será «dogmática», pues la cronología no actúa sino como criterio de ordenación, de la misma forma que actúa una ordenación alfabética. Por el contrario, si quien emplea una forma sistemática de exposición, aparte de tener en cuenta dentro de sus apartados la cronología de forma rigurosa, conecta sus conceptos y categorías con las diversas circunstancias causales o modales concomitantes con el Derecho, no podrá decirse de él que es un «dogmático» del Derecho, sino, en todo caso, un «dogmático» de la Historia o de la Historia del Derecho.

La diferencia que hay que establecer es la que existe entre los que se limitan meramente a describir los hechos histórico-jurídicos, o aun los que no lo son, y aquellos otros que aspiran a elaborarlos, abstrayendo esencias, clasificando con arreglo a categorías y observando fenómenos. Desde luego, me proclamo entusiásticamente adscrito a esta segunda corriente, que podemos calificar de «conceptualista», porque creo que el objeto final de una ciencia, o de un científico, no puede ser sino ese. Cuanto mayor sea el número de datos que analice y menor y más preciso el número de fórmulas en que consiga sintetizarlos, mayor será también su éxito. El que toda una importante teoría, que yo no comprendo, como es la de la relatividad, pueda compendiarse en tres o cuatro símbolos me produce un verdadero pasmo, sin que, naturalmente, pretenda que se llegue a eso en la Historia del Derecho.

Es más, yo defiendo la postura conceptualista, incluso, dentro de la Historia general, o de la Historia «total», como se dice ahora, y la he ensayado en un libro sobre la Corona de Aragón medieval en el Mediterráneo, que aparecerá próximamente. Tras un primer capítulo en el que se exponen cronológicamente los hechos desnudos, después la valoración de las causas, sus derivaciones, los instrumentos y los símbolos se hace en forma sistemática. La existencia de autores de libros sólo se justifica si hacen algo que los lectores no pueden hacer por sí mismos intelectualmente. La mera narración de lo que dicen unas crónicas, unos códigos o unos documentos, es obra de editores o de escribas, pero nunca de autores, cuya misión es elaborar conceptos, esto claro, sin subestimar otras funciones que yo aprecio mucho,

como la de los paleógrafos, por ejemplo, pero éstos, precisamente, porque hacen algo que los lectores no pueden hacer por sí mismos.

Este conceptualismo, sin embargo, no debe llevar la autarquía como compañero de viaje, como sucede en el profesor García-Gallo, quien si bien acepta que el Derecho pueda ser estudiado como fenómeno de cultura, al menos para las Facultades de Derecho aspira a estudiarlo como un conjunto de instituciones jurídicas, que son respuesta a problemas jurídicos²¹. Como una primera etapa en la evolución de la ciencia es aceptable, y hasta imprescindible, y mis Manuales participan en cierta medida de la necesidad impuesta por esta etapa, pero no puede fijarse como meta de llegada. Este estadio hay que superarlo, aunque sin dejarse llevar de los vaivenes de la moda, y aprovechando los adelantos conseguidos en las otras ramas de la Historia, como la Historia de la Economía, o del Derecho, como la Sociología jurídica. Un próximo artículo mío sobre las ideologías jurídicas en la Historia intenta demostrar la utilidad de la última, y creo sugestiva la afirmación que hace Antiseri en el sentido de que el historiador no es un productor de leyes, sino un consumidor, y que, por tanto, no las crea, sino que va a buscarlas a la sociología, la psicología social o individual, o a generalizaciones banales de la vida cotidiana²².

Una última cuestión que se ofrece en este apartado es el de la condición de ciencia en la Historia del Derecho, siendo curioso que esa naturaleza aparece discutida tanto a la Historia como al Derecho. No se trata ahora de exponer un problema que es bastante conocido. Yo confieso que en clase me resisto a hablar de «nuestra ciencia», y prefiero hablar de «nuestra disciplina», en primer lugar porque creo que entre la Historia y la Física o la Química, por ejemplo, hay una enorme distancia, todavía superada por la que hay con respecto a la Matemática, y sin que terminen de convencerme los que destacan las últimas evoluciones en la Matemática o en las ciencias de la Naturaleza, en el sentido de un acercamiento a nuestras disciplinas humanistas. Incluso, mientras en el primer Manual hablaba de «ciencia jurídica», para referirme a la obra teórica de los juristas, en el segundo he preferido emplear el término «literatura jurídica», menos comprometido. Si se quiere mantener esta precaución en general, puede hablarse de «saber», que es el término que empleó Schopenhauer, a quien siguió Ribera en nues-

21. Vid. el trabajo cit. en nota 8. El profesor García-Gallo considera que su «Manual» ha sido menos «dogmático» que sus obras anteriores y más «histórico» que ellas, y lo creo aceptable. Lo que desde mi punto de vista personal cabría reprochar al autor es no haber alcanzado siempre el debido punto de conceptualización y, sobre todo, resistirse a traspasar ese estadio.

22. D. ANTISERI, *Didattica della Storia ed epistemologia contemporanea* (Roma, 1971), 25-30.

tro país²³ y parece seguir modernamente J. A. Maravall, quien habla de «saber histórico»²⁴. Los ataques de Huizinga contra el carácter de ciencia en la Historia fueron muy fuertes²⁵, y aún creo que lo fueron más los de Kirchmann contra ese mismo carácter en el Derecho²⁶. Cuando tales ataques se producen es que la cosa, al menos, es muy dudosa. Quizá exagerara Ribera cuando decía que no sólo no era ciencia la Historia, sino que no lo sería nunca, pero, al menos, hoy, realmente uno siente la Historia como una erudición o un saber, pero no como una auténtica ciencia, y ello aun en las ocasiones en que se presenta conceptualizada.

II

La primera etapa que debe cumplir la historiografía jurídica es, como he dicho, la de conceptualizar la disciplina, es decir, reducirla a «conceptos», categorizando los fenómenos. Se detectan éstos a lo largo y ancho de la Historia, se les agrupa mediante las categorías que resulten de su observación, y de estas categorías se abstraen los conceptos. Es lo que corresponde a un saber empírico. Cuando los diferentes saberes interdependientes, como pueden ser la Economía, la Psicología, la Lógica, la Sociología, etc., hayan realizado la misma tarea, será posible proceder a las conexiones entre los conceptos, y observar si determinados conceptos aparecen siempre conjuntamente, se excluyen o son indiferentes entre sí, primer paso obligado para intentar el establecimiento de «leyes». Mientras no se haga esto, no puede haber Historia «total», sino estudios más o menos acertados, pero «singulares» o «aislados», que es lo contrario de lo «total». Tampoco podrá verificarse la exactitud o inexactitud de teorías como la marxista, que prevén una conexión obligada entre ciertos fenómenos, aunque no en la forma simplista que se ha presentado por los meramente divulgadores de la doctrina.

Lo propiamente científico sería que los humanistas se entregaran a la ruda tarea de conceptualizar, casi podríamos decir que mecánicamente, a fin de sólo pasar a una etapa siguiente cuando ese trabajo estuviera terminado. Esto es lo que hacen los físicos, químicos y demás científicos de la Naturaleza, pero ya se ha dicho que la Historia no es una ciencia en la actualidad, y por ello, los historiadores preferirán lanzarse individualmente al vacío, como nuevos Icaros. Quizá sea mejor así, y como yo no voy a pretender cambiar la naturaleza humana, me uniré al lanzamiento.

23. J. RIBERA, *Lo científico en la Historia. Disertaciones y opúsculos* (Madrid, 1928), 529-637, pág. 540.

24. J. A. MARAVALL, *Teoría del saber histórico* (Madrid, 1958).

25. HUIZINGA, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica* (Madrid, 1934).

26. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Berlín, 1848).

Comenzaré por examinar a mí mismo, para obtener lo que ahora, con expresión de moda, se llama mi «vivencia» personal. Desde niño he sentido que debía conducirme de una determinada manera, la cual se ajustaba a lo que, explícita o tácitamente, aconsejaban los adultos que tenían ascendiente o autoridad moral sobre mí. Si lo que hacía me producía contento porque satisfacía mis apetitos, no empleaba ningún calificativo para mi conducta, pero si, por el contrario, contradecía en alguna manera mi bienestar, y, a pesar de todo, lo hacía, me consolaba añadiendo que era «lógico» que lo hubiera hecho. Lo «lógico» significaba en este caso un consuelo para soportar las consecuencias de la acción, que, al no coincidir con mi bienestar material, constituía un «deber». Desde entonces, muchas veces he cumplido con mis «deberes», pero muchas otras los he conculcado, lo que significa que no he obrado «lógicamente», y, por tanto, he obrado fuera de la lógica o «paralógicamente». Sin embargo, aun en estos casos, he vuelto a calificar mis acciones de «lógicas», recurriendo para ello a condicionamientos. «Cómo me pasó esto», «cómo me hicieron aquello», o cómo todo el mundo lo hace, «era lógico» que yo obrase también así. Lo «lógico» aparece entonces como justificación del incumplimiento de un deber, basado en que han intervenido unas circunstancias que no intervenían antes, y que yo no hubiera buscado si mis apetitos no hubieran movido a mi voluntad a superar la convicción anterior. A partir de ese momento, siempre que he vuelto a actuar de la misma manera, por intervenir las mismas circunstancias, he vuelto a encontrar «lógica» mi actuación, hasta que nuevamente otros apetitos me han inducido a cambiar, momento en que he vuelto a tratar de encontrar nuevas circunstancias que también hicieran «lógica» mi nueva acción. Todo esto parece indicar que dentro de mi naturaleza humana se produce una tensión entre un «logos» y un «paralogos», en virtud de la cual actúo «lógicamente» hasta que mis apetitos son lo suficientemente fuertes como para hacerme romper con los que considero «deberes» impuestos por la sociedad que acato, momento a partir del cual actúo «paralógicamente», pero buscando cambiar los «deberes», a fin de que mi nueva actuación pueda considerarla también como «lógica». Mi satisfacción es total cuando la deseada mutación de los «deberes» no se realiza exclusivamente por mí, sino por la sociedad que acato o con la que me creo identificado, pues en el primer caso me queda lo que, gráficamente, se conoce como un «remordimiento», del que quedo liberado en el segundo caso. Naturalmente, el «umbral» de las acciones paralógicas diferirá mucho según los individuos, especialmente entre el «egoísta» y el «altruísta», a los que se refería Comte, pero existirá más allá o más acá, conforme a la experiencia popular de que «todos tenemos un precio». Empleo términos populares, pues se trata de una experiencia íntima vulgar, y sería peligroso utilizar términos cargados de gran significación filosófica, como el de «imperativo categórico» para el «deber», el de «valores» para los deberes mutables, o el de «represión» para el «remordimiento».

Esta experiencia íntima y vulgar, «banal» como les gusta decir a los neopositivistas, parece tener cierto reflejo en la Historia de la Filosofía con antítesis que llevan etiquetas, como las de «racionalismo» y «vitalismo», u otras similares. Algunos filósofos creen que el mundo descansa en la razón, hasta el punto de que ésta sea la que les convence de su existencia, como es el caso de Descartes, y las cosmogonías aparecen así armónicas, como entre los alemanes del barroco, pero son muchos los que se sienten inquietos por las fuerzas ciegas y desconfían en la primacía de la razón, como sucede, en general, a griegos y romanos, entre los que el «pathos» desemboca en la tragedia, y la sinrazón humana se hace reflejo de una sinrazón divina. El cristianismo, que empieza siendo totalmente irracional, camina hacia el racionalismo, de la mano de un griego que había intentado superar el irracionalismo de su pueblo, pero nuevamente se agitan sus aguas ante la antítesis del intelectualismo y el voluntarismo, para que una gran parte de él retorne a un ciego irracionalismo. En nuestra época, la de los siglos XIX y XX, el vitalismo sigue empeñado en dura batalla contra el racionalismo. Kant depura éste para evitar su hundimiento y el hegelismo, en todas sus manifestaciones, representa el último gran intento que se ha realizado por ahora para someter el cosmos a un «logos», frente al número cada vez mayor de fuerzas contrarias, manifestadas bajo nombres diversos, como «vitalismo», «intuicionismo», «existencialismo», «psicoanálisis», etc.

En el campo de la Historia, se manifiesta también la tensión, con cierta sincronía respecto a la Filosofía, aunque tampoco debe creerse que sea completa. Entre griegos y romanos la Historia ha vivido libre de preocupaciones científicas y ha sido un género estético, todo lo más con algún valor pragmático, y ello porque no se le ha considerado sometida a un «logos», sino como una sucesión de acontecimientos, incluso, casuales, constituyendo, por tanto, una Historia «evenencial», si se desea recurrir a un galicismo. En los cristianos antiguos, el valor de la Historia es testimonial, todo lo más, que sólo puede conducir a un mayor respeto hacia la figura de un Dios, que aparece no menos partidista que habían aparecido los antiguos dioses griegos. El providencialismo agustino es, quizá, uno de los primeros intentos de introducción de un «logos» en la Historia, aunque el enseñoreamiento por parte de aquél no comienza sino con Vico en Italia, Voltaire en Francia y Herder en Alemania. Sin embargo, la cuestión no se ha decidido, sino que a partir de entonces se ha agudizado la tensión entre lo que podríamos denominar «lógico» y «paralógico» dentro de la Historia. Cierto que la condición de ciencia en la Historia ha ganado muchos adeptos, triunfando la distinción que hará Bernheim contraponiendo una historia plenamente de este tipo, que él llamará «genética», a una historia acientífica o «narrativa» y a una historia semicientífica o «pragmática», pero también lo es que habrá

grandes figuras que lo negarán²⁷. Aparte de ellos, la condición de ciencia es más bien predicada en cuanto al método de investigación y sistematización que en cuanto al objeto o, si se quiere, a su esencia, pues los románticos exaltan el papel de las fuerzas irracionales y los realistas, que se les oponen, rechazan la existencia de leyes y acuden a una historia «evenencial», que no dista de la de los antiguos sino en la precisión. Cuando los neo-kantianos tratan de salvar el carácter científico de la Historia no lo hacen defendiendo la existencia de un «logos» en ella, sino opinando que puede haber ciencias que no lo posean, que son las que ellos califican de «ideográficas», frente a las que sí lo tienen, y que llaman «nomotéticas». Spengler y Toynbee han sido los que en épocas más recientes han aspirado a hallar un cierto «logos» en la Historia, despertando la hostilidad de los «profesionales» de aquélla, como Lucien Febvre, que no consideran autorizados a los que creen que proceden de otros campos, especialmente de la Filosofía, y que abogan por una Historia que, aunque con nueva etiqueta, no es sino la realista, enriquecida con nuevas fuentes de información y una metodología más depurada.

La tensión entre lo «lógico» y lo «paralógico» se ofrece con mayor claridad en el Derecho como disciplina social, entendiendo que «paralógico» no es «ilógico» o «alógico», diferenciándose del primero en que será contrario, pero no contradictorio, de lo lógico, y del segundo, en que responde a principios y, por tanto, puede llegar a ser, incluso, previsible en su realización. Aparte de ello, como se ve, lo «paralógico» estará en función de lo que sea lo «lógico», y, como se dirá después, esto último está muy discutido, de forma que muchos incluyen totalmente dentro de lo «lógico» lo que consideran «paralógico» aquellos otros que tienen un concepto estricto de lo «lógico».

Yo creo que todos hemos deseado alguna vez que el procedimiento jurídico fuera estrictamente lógico, y que los jueces aplicaran la solución que matemáticamente correspondiera al problema planteado. Es un deseo muy juvenil, impulsado por ansias de objetividad e imparcialidad, y adornado del radicalismo propio de edades de ese tipo, en el que pueden acogerse máximas como la de «fiat iustitia et pereat mundus», o en los que la principal característica de lo justo se encuentra en el rigor, como ocurre, en general, con España, un pueblo joven o primitivo, que alberga esa idea, como se manifiesta en la expresión «cae un sol de Justicia», sobre lo que, divertidamente, me hacía parar la atención un amigo iusfilósofo. Algo de eso es lo que pretendía el conceptualismo de la Pandectística en el que desembocó el historicismo alemán. Esa solución se le viene a uno abajo, tanto por el lado de los juzgados, que son personas humanas y no símbolos, como por el lado

27. Cfr. M. F. SCIACCA, *La Filosofía, hoy*, trad. Rossi (Barcelona, 1947), especialmente sobre Schopenhauer, para quien en la Historia no hay progresos, tratándose de un juego de casos fortuitos.

del juzgador, que nunca actúa fríamente, sino movido de sentimientos y emociones, y en este último sentido una de las cosas que más impresionan es la observación repetidamente realizada de que los jueces lo que hacen es justificar su fallo, en lugar de desprenderlo de su razonamiento²⁸.

La indicada tensión produce, a veces, ruptura, en el sentido de negarse la lógica en el Derecho, como ha hecho Adler²⁹, o de acentuarse fuertemente las fuerzas paralógicas, como es el caso de Bentham y de Ihering, al basar el fundamento del Derecho en el principio de «utilidad», en cuanto aquél que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia de ésta a aumentar o disminuir la felicidad de aquel ente, cuyo interés queda comprometido en la acción de referencia³⁰.

Desde luego, en lo que no desemboca la tensión es en un triunfo puro de la lógica, sino en casos aislados, como puede ser el de Klug³¹, pues en la mayoría de los casos lo que se predica es una lógica autónoma, hablándose ya de «lógica jurídica» desde 1616, en que Martin Sichard titula así su manual de interpretación jurídica, y que por analogía adopta Berriat-Saint Prix³². El triunfo en esta lógica autónoma en nuestros días va ligado a la crisis general de la lógica clásica, que sólo admitía dos valores, como los de verdadero y falso, con admisión del principio de tercero excluido. Según nueva lógica, como la de Bouwer y Heyting, hay un tercer valor o de lo «indecidible», que no es ni verdadero, ni falso, encontrándose junto a la necesidad y el absurdo, lo simplemente existente³³. La lógica jurídica encaja bien con lógicas polivalentes, aunque con ello pierde en rigor, en lo que los juristas se ven acompañados de sociólogos, como Gurvitch, que niega la lógica formal, pues ningún elemento es idéntico a sí mismo, los cuales creen verse apoyados por los físicos, citándose frecuentemente la «complementariedad dialéctica», concepto mediante el cual Niels Bohr puso fin a las teorías corpuscular y ondulatoria de la luz, al mostrar que es una y otra cosa, según la estructura que atraviese³⁴.

La lógica progresa, pero es dudoso que lo haga con utilidad para el De-

28. Cfr. L. J. LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica* (Barcelona, 1954). El fenómeno es muy destacado por el grupo de los llamados «legal realists».

29. Cfr. *op. cit.*

30. Cfr. J. M. PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, 52-53.

31. Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II (Madrid, 1971), 153-99.

32. Cfr. G. KALINOWSKI, *Introduction à la Logique juridique* (París, 1965), 1-8.

33. Cfr. R. BAYER, *Epistémologie et logique depuis Kant jusqu'à nos jours* (París, 1954), 312-18.

34. Cfr. G. GURVITCH, *Dialéctica y sociología*, trad. J. R. Capella (Madrid, 1969). Entre nosotros utiliza esta idea J. A. MARAVALL, *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento* (Madrid, 1960), nota 15, quien habla de De Broglie, al que también se refiere el sociólogo francés.

recho. La lógica llamada «de los nombres», como sistema deductivo, axiomatizado y formalizado, no parece que pueda ser aplicada a un complejo tan fuertemente impregnado de humanidad, lo que significa de motivaciones y reacciones imprevisibles, en tanto que la llamada «lógica deóntica», iniciada por Ernst Mally en 1926 y Karl Menger en 1934, sobre la que han recaído importantes trabajos del finlandés Von Wright³⁵, al recaer exclusivamente sobre las normas no abarca el Derecho en su totalidad y deja fuera los hechos, que suelen ofrecer al jurista mayor dificultad, incluso, que las normas.

Por ello, no es de extrañar que por los juristas prácticos, o que se encuentran entre la teoría y la práctica, se recurra a un concepto vulgar de «lo lógico». Hombre tan experimentado en la una y en la otra, como el profesor A. Hernández Gil, dice que la lógica constituye la aspiración máxima del abogado en el razonamiento jurídico, entendiéndolo por lógico lo consecuente y coherente³⁶, lo que debe recordar lo indicado sobre la experiencia personal. Actuamos «lógicamente» si actuamos consecuentemente con lo que estimamos admitido, o, en su caso, tratamos de cambiar lo admitido para obrar «lógicamente». Una de las formas más características de razonar en el abogado lo constituye el argumento «ex concessio» o «por retorsión», en virtud del cual se trata de demostrar que una conclusión no es consecuente aun admitiendo un principio que el adversario defiende³⁷. Incluso los lógicos que podríamos llamar profesionales, como es el caso de Kalinowski, declaran alguna vez que lo importante en la lógica es el rigor³⁸, acercándose así a un concepto vulgar.

En ningún caso, y esto es importante, aparece la lógica como medio excluyente en el proceso jurídico. Ch. Perelman afirma que la lógica jurídica no puede utilizarse si no se reconoce al lado de una lógica formal otra de carácter no formal para el estudio de la argumentación, que es lo que se conoce como «tópica jurídica»³⁹. Esta postura del conocido jurista belga la explica Hasso Jaeger, diciendo que es una reacción contra el cartesianismo, en la que se opone a la unidad de la verdad el pluralismo de los valores, que es esencialmente irracional, con utilización de la sociología, la histo-

35. Cfr. KALINOWSKI, *op. cit.*, 70-138. Sustituye la antítesis verdad-falsedad por la de «validez-invalidéz».

36. A. HERNÁNDEZ GIL, *El Abogado y el razonamiento jurídico* (Madrid, 1975), 82.

37. Cfr. J. M. MANS PUIGARNAU, *Lógica para juristas* (Barcelona, 1969), 193-217.

38. G. KALINOWSKI, *De la spécificité de la logique juridique*, en «Archives de Philosophie du Droit», 11 (1966), 7-23. A esto se acerca, entre nosotros, L. Recasens Siches, con su «logos de lo razonable».

39. Ch. PERELMAN, *Raisonnement juridique et Logique juridique*, en «Archives du Philosophie du Droit», 11 (París, 1966), 1-6.

ria, etc.⁴⁰, y es sabido el desarrollo de la tópica jurídica, a través del impacto ejercido por la obra de Viehweg⁴¹.

Algunos logojuristas introducen expresamente el término «paralógico» para expresar esta situación. El destacado autor francés Kalinowski distingue entre una lógica formal o intelectual, una lógica retórica o de la persuasión y una argumentación extralógica, aunque no irracional, así como entre los razonamientos jurídicos distingue entre los lógicos, los retóricos y los extralógicos, para concluir afirmando que los argumentos «ab auctoritate», «a generali sensu» y «ratione legis» son «paralógicos», frente a los «a fortiori», «a maiori, a pari o simili ratione», que son lógicos, y a los «a rubrica», trabajos preparatorios y «pro subjecta materia», que son extralógicos⁴². Según el propio Kalinowski, el danés Joergensen, al tratar de superar el dilema de modificar la lógica actual o negar valor lógico a los encadenamientos de proposiciones en imperativos, se pronuncia frente a M. Moritz por la primera solución a través de una paralógica de los imperativos, paralelo a una lógica de los razonamientos, de forma que a cada proposición imperativa corresponda una proposición teórica, tal que sea verdadera cuando la orden se ejecuta en una lógica de la satisfacción, o sea obligatoria en una lógica de la validez⁴³.

También los que se refugian en una lógica vulgar admiten la necesidad de una paralógica, como es el caso de Hernández Gil, quien afirma que, no obstante la pertinencia del análisis lógico, el razonamiento jurídico no tiene una contestura exclusivamente lógica, y se desenvuelve con el concurso de otros factores, negando también que pueda convertirse en deóntico todo el razonamiento jurídico, pues, y esto es muy interesante, el abogado no recibe los hechos, sino que los construye él mismo⁴⁴.

Dentro de estos factores, que podríamos denominar «paralógicos», hay que destacar uno sobre el que no se insiste demasiado, y que es el del error. En el error se fijó Pareto, al destacar cómo uno de los grandes descubrimientos de Kepler se debió a la imperfección de sus observaciones⁴⁵. Entre los iushistoriadores ha aludido a él alguna vez Thième, pero el que lo ha aceptado más vivamente ha sido el holandés R. Feenstra, frente a su compatriota H. R. Hoetink. Para éste, el fenómeno del «error» o «malentendido productivo» («het productieve misverstaan»), como es el de los glosadores,

40. H. JAEGER, *La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement*, en «Archives de la Philosophie du Droit», 11 (1966), 59-85.

41. Es muy conocida también en nuestro país, donde ha sido traducida. Cfr. también E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, 1971), 84-105.

42. KALINOWSKI, *op. cit.* en nota 32, 139-76.

43. *Op. cit.*, 70-138.

44. A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, 105.

45. W. PARETO, *Forma y equilibrio sociales*, selección e introducción por G. Braga (Madrid, 1966) 239.

que entendiendo mal los textos romanos facilitan, sin embargo, la formación de nuevas instituciones, no puede ser aceptado por el Historiador del Derecho, a lo que Feenstra contesta acertadamente que el romanista no podrá tener en cuenta los errores de los glosadores para conocer Roma o Bizancio, pero el historiador sí está autorizado para medir las consecuencias, y hasta considerarlas felices⁴⁶. El propio Feenstra destaca bien que el historiador del Derecho no puede ser colocado entre los historiadores en general, en cuanto está obligado a servirse en más larga medida de los «conceptos anacrónicos». En nuestro país, el romanista Juan Miquel es autor de un importante trabajo sobre los errores mecánicos en la transcripción del Digesto⁴⁷, errores de enorme trascendencia jurídica. Y es que, por regla general, el historiador o el iushistoriador parte de una actuación siempre acertada, con olvido total de lo que le demuestra su propia vida y la de todos los que le rodean, que está hecho de aciertos y desaciertos, superando éstos en la mayoría de los casos a aquéllos. El error actúa, pues, como un factor paralógico de notable trascendencia, tanto en la Historia general, cuyos acontecimientos derivan muchas veces de errores, como en la Historia del Derecho, en cuanto los ordenamientos jurídicos deben gran parte de su formación a los errores, inconscientes, a veces, pero, incluso, también a veces provocados.

Ya se ha registrado aquí cómo la tensión entre lo lógico y lo paralógico se desarrolla en los diversos campos de las disciplinas humanas, y habría aquí que añadir los nombres de Dilthey, Xénopol y otros⁴⁸, pero, sobre todo, en el campo de la sociología hay que distinguir la muy interesante figura de Vilfredo Pareto, en la que mercedamente se ha fijado el profesor Pérez-Prendes⁴⁹. El sociólogo Pareto está pagando las consecuencias del hombre Pareto, en cuanto su afición al fascismo italiano, que es un hecho indudable que no puede disimularse diciendo que aquél no pudo seguir sus doctrinas⁵⁰, le atrae la hostilidad general de la intelectualidad, en general, y de la sociología, en particular, dado que en su casi totalidad aparece en la actualidad

46. H. R. HOETINK, *Historische rechtsbeschouwing. Rede uitgesproken op 10 Januari 1949 bii gelegenheid van de 316 de Dies Natalis van de Universiteit van Amsterdam* (Haarlem, 1949). La recensión de R. Feenstra apareció en «Revue Historique de Droit français et étranger», 30 (1953), 296-302. Vid. mi obra cit. en nota 4, parágr. 4, donde destacaba la no existencia de un «homo iuridicus», esencialmente apto para el Derecho, sino la presencia de un hombre falible que ante diversas soluciones selecciona la que estima más conveniente, pero sin que siempre acierte.

47. J. MIQUEL, *Mechanische Fehler in der Ueberlieferung der Digesten*, en «Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung», 80 (1963), 232-86.

48. J. A. MARAVALL, *op. cit.* en nota 24, pág. 56.

49. J. M. PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, pág. 50, niega que la huella de Pareto haya disminuido tan considerablemente como algunos dicen. En la página anterior, comparando a Max Weber con Pareto, encuentra superior el primero en relación al campo de la Historia del Derecho, pero «no en cuanto a calidad, sino en cuanto a utilidad».

50. Es lo que hace meritoriamente G. Braga en el prólogo a su selección.

como antifascista. Pero aquí se trata de aprovechar el sociólogo, y no al hombre, aparte de que no se le puede juzgar tampoco ligeramente como tal, y en aquel terreno su contribución es decisiva. Pareto presta gran atención a las acciones no lógicas, entre las que distingue muy sugestivamente hasta cuatro clases. Constituyen la primera aquellas acciones que no tienen un fin lógico, tanto subjetivo como objetivo, destacando que son raras, y ello es así, y lo contrario desharía la tensión que aquí se ha registrado entre lo lógico y lo paralógico. Las acciones que podríamos denominar «arbitrarias», prácticamente no existen, pues en el hombre hay lo que suele llamarse un alto grado de «responsabilidad» y una notable aspiración a actuar lógicamente, como ya se dijo anteriormente. Una segunda clase es más frecuente, pero en los animales, en tanto en el hombre es reducida, pues se refiere a las acciones que tienen un fin objetivo lógico, como es la conservación de la especie, aunque carecen de fin subjetivo, tratándose de lo que conocemos como «instintos». Mucho más numerosas son en el hombre las acciones que no tienen un fin objetivo, sino sólo un fin subjetivo, siendo finalmente las más comunes las acciones con fines subjetivos y objetivos, pero que difieren entre sí⁵¹. Estas acciones no lógicas tienen una gran importancia, desde el punto de vista de Pareto, que opina hay una notable tendencia a eliminar su consideración envolviéndolas en un ropaje lógico⁵², observación atinada que explica cómo pueden pasar inadvertidas en gran parte de los casos.

La parte más conocida de Pareto, aparte de la doctrina muy famosa sobre las «élites», lo constituye su teoría sobre «residuos» y «derivaciones», de los que los primeros constituyen el elemento o parte sustancial de las acciones no lógicas, expresión de sentimientos, y las segundas el elemento o parte contingente, que, en general, es bastante variable, constituyendo la manifestación de la necesidad de lógica que tiene el hombre⁵³. Junto a esto califica de «intereses» a los instintos que no se visten de razonamientos, y que son, por tanto, los que no pasan inadvertidos. Con arreglo a esta doctrina de Pareto, la clave del Derecho estará en las «derivaciones», que comprende razonamientos lógicos, sofismas, afirmaciones de hechos imaginarios, autoridad de uno o más hombres y la validación de sentimientos difusos⁵⁴.

Concluyendo en cuanto a este apartado, parece que si una tensión entre lo lógico y lo paralógico se detecta en la experiencia íntima, así como también en la Historia y, aún más claramente, en el Derecho, avalado todo ello por el parecer de historiadores, juristas, lógicos y sociólogos, es posible deducir que la Historia del Derecho se desenvolverá dentro de esa tensión. Lo más cómodo sería asignar al Derecho el papel de lo lógico, y a la Historia

51. G. BRAGA, *op. cit.*, pág. 58.

52. *Id.*, *id.*, pág. 59.

53. *Op. y loc. cit.*

54. *Op. cit.*, pág. 60.

el de lo paralógico, pero ya hemos visto que ello no es así, pues no todas las acciones históricas son paralógicas, como tampoco el proceso del Derecho es lógico. En realidad, habrá que distinguir el «paralogismo histórico», que llenará gran parte de la Historia, pues las acciones humanas son de índole emocional; el «paralogismo jurídico», que constituye el razonamiento jurídico incorrecto con arreglo a una lógica formal, y el «paralogismo iushistórico», en su mayor parte, consecuencia de la rotura de la lógica del Derecho por parte de la Historia.

También hay que decir en este apartado que con esto lo que se pretende no es defender un concepto puramente irracional de la Historia y del Derecho, pues ya se ha indicado que lo «paralógico» se diferencia netamente de lo «ilógico» y de lo «alógico», pretendiéndose, por el contrario, poder llegar a una comprensión de la Historia que, eso sí, afortunada o desgraciadamente, se muestra más complicada de lo que desearían los que aspiran a encajarla en un esquema simplista.

III

El Derecho se ofrece externamente como «instituciones jurídicas» o respuestas coactivas a problemas sociales. La sociedad se plantea el problema de la convivencia entre hombres y mujeres a efecto de sus relaciones sexuales y para resolverlo la parte de esa sociedad que detenta el poder impone el matrimonio monogámico, por ejemplo. Sin embargo, dentro de cada institución surgen problemas parciales que suscitan nuevas soluciones, con lo que aquélla deja, en realidad, de ser una institución para ser un conjunto de instituciones o una «suprainstitución» o «macroinstitución», que es lo que le sucede a la ya citada, pues llamamos «institución» también a los impedimentos, los regímenes económico-matrimoniales, etc. Esto es algo que no ven los que se llaman a sí mismos «institucionalistas», los cuales parecen considerar que no existen sistemas, sino sólo instituciones, cuando, sin jerarquizar entre éstas, de hecho ya estudian a algunas de ellas como sistemas jurídicos parciales. Lo mismo hablan de «la institución del contrato» que de la «institución de la compraventa», o de la «institución del precio», cuando es evidente que al encontrarse en diversos planos la condición de «institución» la tendrá uno u otro, pero no todos a la vez. En realidad, tendría que hablarse de «instituciones» y de «elementos» o «componentes institucionales», y ya Ihering pensó en la propiedad, la posesión, etc., como elementos jurídicos que, a la manera de cuerpos químicos, constituirían una especie de Química del Derecho, mediante un proceso de análisis y síntesis⁵⁵.

55. Cfr. PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, pág. 53.

Lo que hoy se estudia como «instituciones» no son, por decirlo así, «cuerpos simples», sino complejos o conjuntos institucionales, los cuales no ofrecen por ello ninguna estabilidad, frente a lo que cree el profesor García-Gallo al atribuir la falta de la misma a los sistemas⁵⁶. Nadie puede creer en la estabilidad histórica del matrimonio cristiano o, más estrictamente aún, del matrimonio católico. Entre la solución consensual bajomedieval y la formal tridentina existe más diferencia que entre el matrimonio romano post-clásico y el cristiano altomedieval, y es que los conjuntos institucionales varían como consecuencia de las alteraciones producidas en sus elementos, y estos elementos, a su vez, no pueden ser estudiados sino en función de las variaciones que experimentan dentro de los conjuntos institucionales, lo que exige su conceptualización⁵⁷.

Esto significa que es quimérico el estudio de instituciones aisladas como cuerpos simples, y que si los elementos institucionales no son nada sino en función de los conjuntos a los que pertenecen, asimismo la naturaleza de éstos está en función de los sistemas jurídicos a los que pertenecen o que constituyen, y que, frente a lo que cree el profesor García-Gallo, no son unos menos cambiantes que otros, aparte de que el sistema de prescindir de los sistemas totales del Derecho para verse libres de los problemas de periodificación y dogmática⁵⁸ puede parecerse, y perdóneseme la caricaturización, a la ocurrencia del que se corta la cabeza para suprimir sus dolores.

La realidad es que las corrientes filosóficas actuales de los más diversos tipos, como pueden ser el marxismo y el estructuralismo⁵⁹, coinciden en conceder la máxima importancia al todo, pues nada se ofrece aislado, y aunque las necesidades del análisis y de la exposición obliguen a efectuar ciertas secciones o cortes, que es lo que impele al profesor García-Gallo, quien por otra parte no niega la existencia de sistemas, esas secciones tienen que ser superadas a través de conceptualizaciones o síntesis, que impidan entonces el que las partes puedan ser presentadas sin su pertenencia a un todo, priva-

56. A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.* en nota 20, pág. 16.

57. Es lo que he hecho en mis Manuales, donde el matrimonio, por ejemplo, se descompone en los distintos tipos de formas y ritos, esponsales y consentimiento, impedimentos, extinción y segundas nupcias, y uniones no matrimoniales. El matrimonio de cada momento resulta de la conjunción de diversos tipos de los elementos institucionales que le caracterizan, los cuales están en frecuente mutación, matizando la naturaleza del complejo institucional.

58. Vid. A. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, págs. 19-20, donde dice que la orientación institucional, «al no tenerse que preocupar de caracterizar las épocas históricas y al prescindir de los sistemas totales del Derecho, se ve libre de los problemas antes indicados de periodificación y dogmática».

59. Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.* en nota 31, 321-47, que destaca la aproximación del marxismo al estructuralismo con Althusser y Garaudy, y la del estructuralismo al marxismo con Levi-Strauss y Piaget.

das del cual carecen de toda significación, y, desde luego, no puede renunciarse a la investigación de los sistemas.

El sistema jurídico es cambiante, pero no lo es menos que los conjuntos institucionales, por la sencilla razón de que inmediatamente que se haya producido un cambio en el sistema ese cambio repercute en los conjuntos, alterándolos. Una institución no es la misma dentro de un sistema que de otro, pues es obvio que depende del resto de las instituciones. Tenemos que resignarnos a que la realidad se nos escape como el agua entre las manos, pues todo en la vida es un eterno fluir, pero no hay alternativa en cuanto a lo demás, pues si las instituciones cambian tanto como los sistemas nuestro grado de aproximación a la realidad es mayor en éstos.

Por otra parte, el sistema representa el mayor grado de estatismo posible, en cuanto representa la máxima aspiración del «logos» jurídico, lo que viene implícito en su condición de «sistema». Es más, puede tratarse de un conjunto de paralogismos, derivados, además, de principios irracionales en el supuesto de dar la razón de esto último a los que, como Perelman, creen que el concepto material de justicia es siempre irracional⁶⁰, y, pese a ello, ser «lógico» en sentido vulgar el sistema. Esto hace que los sistemas historicistas, pese a ser netamente irracionales, puedan llegar a ser «lógicos», aunque siempre resulte más difícil en ellos esta condición que entre los iusnaturalistas, y que, especialmente, en el terreno deóntico pueda llegarse al sistema casi plenamente lógico, como el construido por Kelsen sobre base liberal.

El estatismo del sistema jurídico, o su «persistencia» si se quiere una mayor precisión⁶¹ aparece explicado porque si está bien construido puede soportar variaciones en las instituciones que le componen, mediante compensaciones a través de otras complementarias, en cuyo caso los sistemas «persisten» mientras las instituciones cambian.

El problema del sistema jurídico en la Historia estriba en el criterio de selección del elemento o elementos calificadores. Esto no debe ser obstáculo para la aceptación de los sistemas, pues esto ocurrirá siempre que no nos resignemos a una mera descripción de la legalidad. También la calificación o el modelado de una institución dependerá del criterio con que realicemos la observación. Considero, y así lo he empleado en mis Manuales, que el criterio más amplio lo constituye el de sus «fuentes», término tan aclimatado en nuestra historiografía que no necesita mucha explicación. Con criterio de historiadores generales, la exposición de fuentes ha venido siendo, como gráficamente se ha dicho alguna vez, un «catálogo» de códigos, leyes, documentos, etc. Sin menospreciar esta labor, que ha sido importantísima y que

60. Cfr. G. LUMIA, *Il Diritto tra le due culture* (Milán, 1971), 2.ª ed., 73-83.

61. Vid. A. GARCÍA-GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 23 (1953), 5-37, pág. 25, que prefiere el término «persistencia» al de «continuidad», empleado por los alemanes.

honra a los que la acometieron y la acometen todavía, las fuentes pueden ser algo más, y este algo más es el ser indicativas de toda una concepción sobre el Derecho. Considerando la realidad histórica española, he diferenciado sistemas «legalistas», «consuetudinarios» y «jurisprudenciales», distinguiendo entre los primeros los «autoritarios», «liberales» y «pactistas», categoría esta última que participa más bien de los sistemas «consuetudinarios» en tanto que en cuanto a los «jurisprudenciales» hay que distinguir entre una jurisprudencia «judicial» y otra «doctrinal»⁶². Estos sistemas se han sucedido entre sí unas veces, y han coexistido otras muchas, prolongándose hasta nuestros días el problema de su coexistencia a través del llamado «derecho común» y «derechos forales». Nos encontramos en uno de los países donde más importancia ofrece la persistencia de sistemas con su secuela de pluralismo de ordenamientos y, sin embargo, nuestros historiadores del Derecho, en general, le ofrecen muy poca atención, pese a que, como digo, en pocos países será más «obligada» una Historia de «sistemas» que en el nuestro.

Es posible que se critique el criterio seguido por estimarlo formal, pero toda crítica en este sentido pecará de superficial. La elección de primacía en una u otra fuente no es una cuestión de mera técnica, sino que es un empeño político y filosófico. Ya se comprenderá que el monarca visigodo no se ha inclinado por un concepto legalista autoritario por mero capricho, sino porque ha «querido» y ha «podido», como también se comprenderá que el monarca aragonés no se ha apartado de él con gusto, sino porque habiéndolo «querido» no ha «podido», y ha tenido que resignarse a sufrir un sistema consuetudinario pactista. Es obvio que, realizada la elección, ésta ha sido, además, de incalculables consecuencias.

Los demás criterios que puedan elegirse no serán tan amplios, aunque hay que conceder que pueden ser tan importantes, y basta pensar en lo relativo al concepto de propiedad, tan básico en un ordenamiento. Esto significa que hay también que calificar dentro de los conjuntos institucionales, y que esta calificación, añadida a la observada anteriormente, irá definiendo cada vez con mayor precisión al sistema. Así, el castellano será legalista autoritario, individualista en la propiedad, espiritualista en la contratación, retributivo-intimidativo en lo penal, etc. La persistencia de los sistemas es tal que, como las ramas de los árboles, pueden ser doblegados por otros sin llegar a romperse, volviendo después «casi» a su antigua situación. Los sistemas navarro y de la Corona de Aragón han sufrido una fuerte influencia del autoritario castellano en la época de los Austrias, pero la han resistido sin que casi queden huellas de él. Después, los de la Corona de Aragón han experimentado el embate de ese mismo autoritarismo, exacerbado por el espíritu de aplastamiento de una rebelión, anidado en los Borbones, y sólo se ha producido la desaparición total de un sistema, el valenciano, mientras

62. Vid. *op. cit.* en nota 13, cap. X.

los otros, fuertemente disminuidos, han conseguido salvar una parte, que ha florecido en el siglo XIX, y todavía más en el XX. Es curioso que en la actualidad esos sistemas están obteniendo algunas victorias, aunque parciales, sobre el sistema de la codificación, heredero del castellano, y lo están obteniendo con uno de los regímenes políticos más autoritarios y menos favorables a las libertades regionales, fenómeno todavía no estudiado, pero en el que los iushistoriadores tienen mucho que hacer. Piénsese que el caso de Navarra parece «lógico» por su situación ventajosa en la guerra civil, pero parece «paralógico» en el caso de Cataluña, la gran perdedora de la misma.

La concepción de «sistemas jurídicos» va unido a la concepción de «períodos» iushistóricos. Hasta ahora, la periodificación procede de la Historia, basada en hechos históricos calificados de trascendentes, y que han dado lugar a las denominadas «edades», que han llegado hasta nuestras escuelas de enseñanza primaria. Esta división en «edades» no es, a su vez, estática, sino que va experimentando adiciones, extrayendo elementos, a veces, de otros campos. Según destaca Gerhard, la notación negativa de «medieval» aparece cuando los filólogos tratan de denominar aquel latín que se extiende entre su uso en la Antigüedad y su renacimiento con los humanistas, lo que influye en Cellarius, en el año 1688, para aplicar el término a un período histórico, y según el mismo historiador, la insatisfacción ante la primitiva división hace que se subdividan las edades. Así, la historia anglosajona añade la «recent history» a la «modern history», como la francesa distingue entre «moderne» y «contemporaine», o la alemana entre «neuere» y «neueste Geschichte», en tanto la Edad Media queda dividida en «haut» y «bas» o «Früh» - Hoch - Spätmittelalter»⁶³. Esta periodificación llega hasta nuestra historiografía, incluso, la que aspira a un tratamiento más «jurídico» de la disciplina, como es el caso del profesor García-Gallo⁶⁴. Hasta el momento, soy el único que ha introducido una periodificación que, cronológicamente, puede coincidir con la histórica, pero que está basada en la forma de creación del Derecho, con lo que se trata de períodos realmente iushistóricos⁶⁵. Lo más significativo

63. D. GERHARD, *Periodization in European History*, en «The American Historical Review», 61 (1956), núm. 4, 900-913, págs. 901-903. Sugiere como periodificación para un curso introductorio en la civilización europea una «old Europe», con período formativo en los siglos XII y XIII, extendiéndose hasta la Ilustración, comenzando entonces con la Revolución francesa o industrial la «modern Europe». Al mismo tiempo estima que antes del siglo XI no se puede hablar de historia europea.

64. Vid. el «Manual» citado. En «la evolución general del Derecho» establece unos períodos basados en notas jurídicas y axiológicas, estas últimas no compartidas por mí, pero luego no los utiliza en las restantes secciones, con lo que él mismo parece desvalorizarlos.

65. Vid. *op. cit.* en nota 13, cap. XI. F. TOMÁS VALIENTE, *op. cit.*, pág. 17, pretende esbozar una periodificación «en función del modo de creación del Derecho», pero lo hace en forma muy vaga, hasta el punto de confesar que no es posible tipificar, «ni siquiera someramente», esa periodificación.

desde el punto de vista de la formación del Derecho en la Alta Edad Media es su «dispersión normativa», que permite que las diferencias jurídicas entre dos puntos de un mismo reino puedan ser muy superiores a las existentes entre un punto de aquél con el de otro reino. Así sucede que entre Cuenca y Teruel hay muchísima menos diferencia que entre Cuenca y Toledo o entre Teruel y Jaca. Toda la Baja Edad Media está dominada por la «integración normativa» o constitución de bloques jurídicos nacionales, por lo que aquellas diferencias se borran, o pasan a un plano local o tienen carácter excepcional. En la Edad Moderna, todos los sistemas se afanan en «recopilar», pues disponen ya de un abundante material legislativo anterior o presente, que hay que ordenar. La Edad Contemporánea es claramente el período de la codificación en su aspecto privado o propiamente codificación, y en su aspecto público o Constitución. El criterio se extrae de las «fuentes», como se extrajo para los «sistemas», y no es meramente formal, como pueda pensarse. Viene dado por unas circunstancias históricas que podemos detectar perfectamente, y que se desarrollan, incluso, de una manera «lógica» en relación a los acontecimientos políticos y sociales que las condicionan.

Definidos los «sistemas jurídicos» y los «períodos históricos», es posible la exposición de los complejos institucionales, pues ésta se ha de realizar siempre con referencia a aquéllos. Constituyen una especie de coordenadas, dentro de las cuales «casi» puede encerrarse el rico mundo institucional. Cada complejo institucional está marcado por desenvolverse dentro de un determinado período iushistórico y formar parte de un «sistema jurídico».

En este sentido, cada institución debe ser definida por su naturaleza o por su esencia, es decir, por los caracteres sin los cuales queda reducida a la nada. Así, para que haya «vinculación» de bienes tiene que haber un cierto libre juego sucesorio y un comercio normal y libre tráfico de bienes, a los que, constituyendo una excepción, dicha «vinculación» se sustrae. En el caso de que las normas sucesorias no permitan un cierto juego, y en el supuesto de que las cosas no sean comerciables, la vinculación no puede existir, pues aquélla tiene naturaleza excepcional en cuanto exige su constitución expresa, como no existiría la prescripción adquisitiva si no existiera la propiedad como elemento distinto de la posesión. Esto explica que el mayorazgo, que es una forma de propiedad vinculada, no aparezca en la Alta Edad Media, pues entonces no tiene función posible⁶⁶, sino que esté conectado con los períodos

66. Todo esto no lo tiene suficientemente en cuenta B. CLAVERO cuando en *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1386)* (Madrid, 1974), pág. 405, nota 14, parece imputarme un anacronismo conceptual. El mayorazgo sólo aparece plenamente justificado cuando existe un régimen legitimario antiindividualista, como el castellano, y no representa la introducción de un período «feudal» en Castilla, sino su mantenimiento a través de medios jurídicos nuevos que compensen la «recepción» introducida por el Rey con las clases mercantiles. La mejor definición de la vinculación es la que

de integración normativa y de la recopilación, no existiendo antes y desapareciendo después, y forme parte de un sistema jurídico, el castellano, sin perjuicio de que su función lo desempeñen otras instituciones en los otros sistemas, como es el caso del heredamiento en algunos territorios de la Corona de Aragón. Naturalmente, dentro de cada período adquirirá unos u otros caracteres y, lo que es más importante, cambiará su apreciación axiológica, como sucede en el caso del mayorazgo, respecto al cual se produce un importante cambio de opinión en el siglo XVIII, que conducirá a su desaparición.

En el apartado relativo al «sistema jurídico» no querría terminar sin destacar un aspecto que, hasta ahora, creo que no se le ha prestado la debida atención, aunque, naturalmente, sea muy conocido, y es el del Derecho supletorio. Merced a éste es posible muchas veces calificar mejor un sistema jurídico que, a través de sus fuentes directas o principales, y esto por su naturaleza metajurídica, por tanto, por donde el «sistema» recibe su propia vida o tiene su origen. El «albedrío» califica bien el ordenamiento castellano seccionista y antileonés, como el «procedimiento rescriptal» dibuja perfectamente el sistema autoritario bajo-romano, visigodo y castellano tradicional, en tanto el «sentido común» y la «equidad» reflejan bien los ordenamientos pactistas de la Corona de Aragón. Esto, naturalmente, sin olvidar que una cosa es su formulación y otra lo constituye su aplicación, fenómeno muy destacado en cuanto a los «principios generales del Derecho», que se mantienen indefinidamente en nuestra codificación, aunque, sin embargo, con conceptos muy distintos según las épocas del período constitucional y según sus crisis.

IV

Como se habrá deducido, el estatismo del sistema jurídico es, si se permite la paradoja, un «estatismo dinámico». En un mundo como el nuestro,

Clavero llama «ilustrada», pues los «ilustrados» son los que, al atacarla, pudieron definirla, y no definían sólo la de su tiempo, sino la de tiempos pasados, aunque con un lenguaje específico. Lo que puede imputárseles es que el juicio desfavorable que emitían era exclusivo de su tiempo, pues es obvio que no parece haber sido compartido en siglos como el XVI o el XVII. Por otra parte, Clavero debe tener en cuenta la imposibilidad de que un Manual suministre todas las posibles definiciones de una institución a lo largo de su Historia, hasta el punto de que él no ha sido capaz de hacerlo, y esto es más grave, en una monografía. En la obra indicada no proporciona una definición de «vinculación» a no ser que considere tal el decir que «en un momento determinado de desarrollo de la economía feudal, la propiedad vinculada es, por tanto, uno de sus elementos constitutivos» (pág. 410), ni tampoco el de «mayorazgo», limitándose a facilitar la de Luis de Molina (pág. 211), totalmente formal y cuyo poder de generalidad aparece desmentido, incluso, en ese aspecto formal, sólo unas páginas más adelante (página 214).

la idea de reposo absoluto es inconcebible, pues la Vida significa movimiento, y, además, movimiento que no puede pararse, pues entonces sobreviene la Muerte. El sistema jurídico, pues, lo que hace es mantenerse en equilibrio como conjunto, aunque en su interior la ebullición es constante. El estatismo y la lógica del sistema se mantiene en el aspecto normativo, mientras que en el mundo de la realidad la lógica aparece alterada a diario por los paralogismos jurídicos. El individuo conculca la norma porque ésta contradice sus «intereses», y si el sistema reacciona, busca apoyo en el profesional privado del Derecho, o hasta en sectores profesionales públicos, a fin de que sus «intereses», encubiertos bajo un ropaje lógico, se presenten como «derechos subjetivos», que son «pretensiones» amparadas por el «Derecho objetivo» o «regulación» normativa coactiva. El Juez acertará en unas ocasiones a impedir los efectos de la conculcación y en otras, por actuación dolosa, culposa, negligente o, simplemente equivocada, no lo hará, sin que, además, podamos estar ciertos de cuando ha obrado de una manera o de otra, sobre todo, de cuando ha acertado o de cuando se ha equivocado. La actuación del Juez extenderá su influencia, no sólo al caso, sino a todas las derivaciones del mismo y, según el sistema, incluso, en mayor o menor medida a otros casos, con lo que el paralogismo multiplica sus efectos en el sistema, aunque no deja de poder ser corregido por otros medios del mismo, como los recursos, nuevas sentencias, interpretaciones auténticas, normas secundarias rectificadoras, etc. Se pensará que el paralogismo es más frecuente donde el Juez tiene una mayor capacidad de decisión, y ello es así, lo que sucede es que el mayor número de paralogismos se ve compensado por los menores efectos de los mismos, en cuanto son más esperados y, en ese sentido, más soportables. El caso de la jurisprudencia inglesa, como también lo fue el de la romana, es el de adhesión a los elementos irracionales de la conducta humana, es decir, a los sentimientos y emociones. El inglés lo que hace es confiar en que el Juez actúe con arreglo a los sentimientos que predominan entre los individuos ingleses, uno de los cuales es él mismo, y no aspira a una solución «lógica», es decir, a lo que los continentales llamamos «subsunción» de los hechos en una «norma». El Juez continental también actúa por sentimientos y emociones, pero frenados por la norma, a la que sigue en ocasiones violentando su interior, o acomoda trabajosamente en otras, cuando sus sentimientos y emociones no toleran esa violencia íntima.

En todos estos supuestos se salva la lógica deóntica del sistema, que permanece invariable, y la evolución se opera a través de «doctrinas jurisprudenciales», que responden en unas ocasiones a los juristas teóricos, especialmente profesores, o a los juristas prácticos, especialmente a los magistrados. Los paralogismos jurídicos no son menores en los primeros que en los segundos, pues su actividad suele ponerse al servicio de los clientes que protegen, o de los poderosos de quienes reciben ayuda.

Podrá pensarse que el cuadro ofrecido es pesimista, y no hay por qué

negarlo. Cualquier historiador conoce las continuas quejas contra la administración de la justicia y sus servidores más destacados, como jueces y abogados, que no son patrimonio exclusivo de una época, e, incluso, las medidas normativas que se adoptan para limitar su número, su actuación, el paso a determinados territorios, etc. El que haya vivido el único sistema jurídico que puede vivir, que es el suyo actual, no se sorprenderá, pues estará habituado a un sinnúmero de actuaciones procesales que riñen con la lógica más elemental. Se dirá que por qué es soportado, y a esto lo único que puede contestarse es que por tratarse de mal menor, pues la decisión, aunque paralogica, es mejor que la indecisión, aunque ésta sea lógica. Es lo que los juristas llaman la «seguridad del tráfico jurídico».

En otras ocasiones, el sistema experimenta una evolución más profunda, por producirse un cambio en las normas. Si las normas que experimentan el cambio son de las que podríamos calificar de «secundarias», la evolución es inapreciable, pero si son de las que podríamos calificar como de «primarias» o «fundamentales», entonces sí que la evolución es notoria. Cómo se produce esta evolución es lo que más apasiona al historiador, interesado sólo en las «sucesiones» de los hechos, como indicaba el romano Xénopol, mientras que el jurista está más interesado por el análisis de los sistemas. El iushistoriador, que participa de ambos, es el que puede estar interesado tanto por el análisis de los sistemas como por su evolución. Para que la historia fuera «total», como se predica algunas veces, el historiador tendría que participar de muchas «curiosidades», pero sus naturales limitaciones le impelen a experimentar exclusivamente aquélla cuya técnica es más asequible, como es el caso de la llamada «historia social», o aquéllas que aparecen más divulgadas en aquel momento, como sucede con la «historia económica», y en otros tiempos pasó con la Historia jurídica, cuando ésta no aparecía tan tecnificada como ahora. Los resultados son buenos cuando se trata de historiadores de talla, y entre los españoles podríamos citar varios, pero son muy malos cuando no se trata de personas con la misma categoría. Aparte de ello, la mejor historia especializada, sobre todo la de la economía, sigue en manos de los especialistas, es decir, de los consagrados a ella.

Sin embargo, el historiador en general tiene que estar forzosamente conectado con las disciplinas, tanto naturales o biológicas como humanas o sociales, pues como ya se dijo él no es un productor de leyes, sino un consumidor⁶⁷. Creo que en estos últimos tiempos tiene que prestar gran atención a la sociología, ciencia humana que ha experimentado un notable avance, y así lo manifiesto en un trabajo que aparecerá en breve sobre las «ideologías» en el Derecho histórico español⁶⁸.

67. N. POULANTZAS, *La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne*, en «Archives de Philosophie du Droit», 11 (1966), 149-57.

68. Vid. nota 22.

No voy a repetir exactamente lo que se dice en ese trabajo, pero no tendré más remedio que hacerlo en parte. Me sugestionó en su día el concepto de la Historia del Derecho por parte de F. Wieacker como la historia del pensamiento jurídico y su incidencia sobre la realidad⁶⁹, pues como yo decía es obvio que el Derecho, aun el impuesto por la fuerza o el derivado de una necesidad económica o social, es «siempre el producto de una actividad mental»⁷⁰. Por ello, en mi primera obra de conjunto concedí bastante importancia a las corrientes ideológicas de los períodos históricos, no limitándolas a España, en cuyo caso el campo hubiese sido pobre, sino ampliándolo a Europa. Sin embargo, ello no me dejó satisfecho, en cuanto comprendí que, realmente, no aparecía claro la conexión existente entre esas corrientes y el Derecho positivo desarrollado bajo su imperio. Entre el movimiento romanista y la integración normativa existe ciertamente una conexión, pues, al menos, aquél fue utilizado como medio de integración, pero entre el humanismo y el iusnaturalismo, de una parte, y el fenómeno de la recopilación por otro, la conexión era muy ligera. Con motivo de una reunión internacional en Florencia, tuve ocasión de desarrollar lo que era algo más que una intuición desde hacía tiempo, y es la falta de «rigor» jurídico o de «lógica» en la ahora conocida como «segunda Escolástica», monopolística y excluyente en el pensamiento de la Universidad española de la postguerra. Cuando en mi segunda obra de conjunto, por exigencias de sistema, agrupé en un solo capítulo las corrientes ideológicas que estimé trascendentes en la Historia jurídica española, pude destacar los medios de actuación de algunas de ellas, como la del «confesionalismo», a través de atribución carismática a un legislador, atribución del reflejo de la voluntad divina en un libro y la asunción de la actividad jurídica por la casta sacerdotal, así como determinar los objetivos verdaderos de ellas, como la de vincular el Derecho romano renacido a la moral católica en el iusnaturalismo medieval, o servir la política de los Austrias en el iusnaturalismo castellano, o superar la crisis religiosa de la Reforma en el iusnaturalismo europeo, o la de servir el nacionalismo alemán en el historicismo de esta nacionalidad, o el de apoyar los regionalismos hispánicos en el historicismo catalán⁷¹. Creo que las conexiones aparecen entonces más claras, pues el iusnaturalismo castellano ha consolidado el supuesto valor «justo» de la legislación castellana, que como consecuencia técnica ha llevado el fenómeno de la Recopilación; ha justificado la extensión del ordenamiento castellano a Indias y ha silenciado el sistema o sistemas observados en la Corona de Aragón, preparando la sumisión del pactismo por el autoritarismo.

69. F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. Fernández Jardón (Madrid, 1957), pág. 4.

70. *Op. cit.* en nota 4, parágr. 6.

71. *Op. cit.* en nota 13, cap. I.

Al acudir a la sociología para demandar su ayuda, basada en su conocimiento del comportamiento de los grupos humanos, destaca en aquélla el tratamiento de las «ideologías», a cargo, fundamentalmente, del marxismo, y de un escritor inspirado en él, como es Mannheim. La teoría de las «ideologías» corre el riesgo de perderse, como consecuencia de un tratamiento abusivo de ella, sucediendo lo que en el campo de la Historia ha ocurrido con el feudalismo, fenómeno cuya naturaleza es distinta para cada uno de los que le utilizan, y sobre el cual ya no existe ningún acuerdo en cuanto a su iniciación, extensión, tipología y desaparición, contrariando con ello los principios fundamentales de una semiótica histórica. Yo he tomado una acepción sencilla de las «ideologías» para trabajar, de acuerdo con el marxismo frente a Mannheim en que no es forzoso identificar ideología con falsa conciencia, y de acuerdo con Mannheim frente al marxismo en que la teoría de la ideología es aplicable al propio movimiento marxista, como lo será a todo movimiento que luche por determinar los acontecimientos⁷².

A pesar del abuso realizado en el tratamiento de las ideologías, yo no creo que se haya utilizado mucho en el campo histórico, en el que conozco un libro que me ha producido gran impresión, y es el de Gonzalo Puente Ojea, en el que la aplicación recae sobre el cristianismo⁷³. Sin embargo, pienso que la Historia es el único laboratorio que puede verificar el acierto o desacierto de la teoría, de ésta y de otras, y que, por tanto, todo lo que se hable acerca de ella, sin esa verificación histórica, será pura elucubración, que podríamos calificar de «idealista».

En el trabajo anunciado he detectado diversas ideologías en el campo estricto del Derecho histórico español, como son el «neogoticismo», el «feudalismo», el «romanismo», «el indigenismo», el «iusnaturalismo», el «historicismo» y el «krausismo». Todas ellas constituyen programas, a través de los cuales diversas fuerzas políticas han tratado de suscitar la adhesión de las masas. No es que sean las únicas, pero son las que han obtenido éxito, en

72. Vid. A. SCHAFF, *Histoire et vérité. Essai sur l'objectivité de la connaissance historique* (París, 1971), que defiende a Mannheim frente a Mandelbaum, y aun frente al marxismo le disculpa en algunos aspectos, aunque en otros desapruueba al sociólogo húngaro. La postura de Mannheim plantea el problema del relativismo, al que intenta escapar con lo que él denomina «relacionismo», diferenciación, en verdad, algo sutil. También Lukács y todos los marxistas reaccionan contra Mannheim al ser considerados como otra ideología. Vid. también G. PUENTE OJEA, *op. cit.* en nota 74, 17-25, de posición marxista, frente a Mongardini y Werner Stark. El autor, de origen cubano, dice que el proletariado es ya una anticlase, lo que no parece consecuente con el carácter paradigmático de clase que se le ha otorgado por el propio marxismo. Recurre a que esta pretendida contradicción está dentro de las paradojas semánticas, resueltas ya por la idea de metalinguaje en Bertrand Russell, pero sorprende algo que un marxista recurra a un neopositivista para escapar a una contradicción.

73. G. PUENTE OJEA, *Ideología e Historia. La formación del cristianismo como fenómeno ideológico* (Madrid, 1974).

tanto que otras opuestas a ellas han sido sumidas en el fracaso, con la categoría de «utopías» que Mannheim les ha atribuido.

El «neo-goticismo» es ideología que han intentado utilizar casi todos los príncipes hispánicos, pero sólo ha triunfado con los reyes leoneses, sucedidos por los castellanos. El feudalismo ha sido la gran «ideología» de las incipientes aristocracias europeas, que en España ha triunfado en Cataluña frente al neo gothicismo de los condes barceloneses, ha influido en Navarra a través de la vía francesa y ha cedido en Castilla ante el neo-goticismo de los reyes leoneses y castellanos, no sin influir también poderosamente. El «romanismo» ha sido ideología integradora en manos de los reyes castellanos, cuyos efectos se han sumado entre ellos a los del neogoticismo, y también de los catalanes y valencianos, apoyados por las clases mercantiles o burguesas, en tanto ha sido rechazado por la nobleza territorial aragonesa y navarra. El «indigenismo» ha sido el instrumento de éstas, para después bajo la forma del «pactismo» servir los intereses nacionales frente a la expansión castellana, o bajo la forma del «historicismo» para defender los intereses regionales burgueses frente al centralismo también burgués. El «iusnaturalismo» ha sido la ideología puesta por la Iglesia al servicio de los Austrias para que éstos continuaran el autoritarismo de los reyes medievales castellanos cuando el «neo gothicismo» y el «romanismo» habían perdido su fuerza originaria. El «krausismo» ha sido la ideología de una burguesía que, pretendiendo escapar a la implacable influencia de la Iglesia, ha querido oponerse también al socialismo revolucionario alboreador, siendo la última de las grandes «ideologías» españolas, pues el bando triunfante de nuestra guerra civil combatió bajo el renacimiento del viejo «iusnaturalismo» de la Iglesia, y el descrédito de éste en la actualidad, sin poder ser sustituido, hace que en nuestro país, y bajo el régimen actual, haya podido tener cierta acogida la doctrina del «crepúsculo de las ideologías».

Estoy de acuerdo con Puente Ojea en su afirmación de que sin una «lectura ideológica» no es posible desvelar el sentido de la historia, aunque me reserve todavía sobre lo que él entiende por «lectura ideológica», y también estoy de acuerdo con él en que no es el único método para descifrar el indicado sentido, pues, como dice el indicado autor, «tiene que descansar en todos los demás recursos y artificios metodológicos que han ido forjando pacientemente los historiadores⁷⁴. El estudio de las «ideologías» no puede agotar el estudio histórico, pero le ayudará notablemente, en cuanto constituyen un notable puente para explicarse esa incidencia del pensamiento jurídico sobre la realidad, del que hablaba Wieacker sugerentemente, pero sobre el que no facilitaba aplicación. En el gran iushistoriador alemán, como en la Ciencia del Derecho, en general, y en la que participan iushistoriadores, iusfilósofos y tratadistas del Derecho positivo, las «ideas» y la «realidad», en-

74. *Op. cit.*, pág. 9.

tendiendo por ésta las instituciones, discurren por dos mundos paralelos, que nunca se encuentran. Los iusfilósofos clásicos exponen la sucesión de los sistemas filosófico-jurídicos, como si se tratara de un juego mental, realizado por hombres que no tienen contacto alguno con la vida material de su época, y los iushistoriadores exponen el desarrollo de las instituciones conforme al Derecho positivo, como si éste hubiera surgido de esa manera por casualidad. El estudio de las «ideologías» puede desvelar por qué los juristas construyeron sus sistemas, y cómo las instituciones nacieron al amparo de esos sistemas.

En el estudio de las ideologías iushistóricas españolas puede apreciarse los grupos sociales interesados en las mismas y, sobre todo, puede registrarse cómo en cada época hay «agentes» especializados en el desarrollo de las mismas, que en la alta edad media son los eclesiásticos-cronistas, en la baja edad media son los cronistas y los juristas prácticos, en la edad moderna son los teólogos, y en la edad contemporánea son los juristas teóricos o profesores. Puede detectarse, a veces, el proceso de creación de las «ideologías», que en la edad media camina a través de las deformaciones históricas, especialmente en el campo del indigenismo y del neo-goticismo; en la edad moderna, a través de las deformaciones religiosas, como en el caso del iusnaturalismo, pues el humanismo no permite ya las deformaciones históricas, y en la edad contemporánea, a través de las deformaciones filosóficas, pues la época está cansada de las excesivas deformaciones religiosas.

El estudio de las ideologías está en íntima conexión con el problema de los «valores», que tanto ha inquietado a las corrientes filosóficas más brillantes de los tiempos actuales. El que Dilthey haya planteado la Historia como una indagación de valores; el que Max Scheller la defina como un continuo descubrimiento de valores nuevos⁷⁵, o el que Lovejoy proponga como tarea la de aclarar y filiar las ideas en amplias masas de escritores, para obtener el suelo ideológico en que se apoya toda manifestación histórica⁷⁶, indica que el pensamiento de nuestra época, dentro del que hay que situar siempre la figura de Ortega y Gasset, y sus discípulos, como Maravall, en el terreno de la Historia, por lo que se siente preocupado es por captar los cambios que se operan en la sociedad en relación a lo que ésta considera virtudes y vicios, es decir, a su ética.

En nuestra época estamos contemplando con mayor claridad los cambios éticos o de valores, porque los medios de publicidad los reflejan bien y los aceleran. Estos cambios se han producido también en el pasado con medios similares, si bien con más lentitud, lo que también ha originado el que, una vez producidos, tuvieran más persistencia. Esos cambios se producen en vir-

75. Cfr. SCIACCA, *op. cit.*, 17-64.

76. Cfr. MARAVALL, *op. cit.* en nota 34, pág. 62. La escuela norteamericana de Lovejoy recibe el nombre de «History of Ideas».

tud de los «intereses» de grupos humanos que, a través del desarrollo de «ideologías», obtienen el consenso más o menos entusiasta y más o menos forzado de las masas, mediante el cual se operan roturas paralógicas en los sistemas jurídicos. Estos tienden inmediatamente a «reajustarse», produciéndose un movimiento en las instituciones afectadas y en las que con ellas están conexas, hasta que nuevas roturas producen nuevos cambios. Al producirse sucesivos cambios y reajustes, el «paralogismo histórico» o «iushistórico» queda más de manifiesto, aunque también es más difícil de descifrar.

Yo creo haber descifrado uno de estos paralogismos en la codificación, como es el del dominio público, lo que demuestra la importancia de la Historia aun en un sistema que entendemos como «revolucionario», y creo que lo es, como asimismo el carácter paralógico que tiene un sistema que, por su base racionalista, aspira a ser un sistema jurídico lógico⁷⁷.

En efecto, el dominio público aparece como uno de los conceptos más confusos dentro de la codificación, como lo reconoce la propia doctrina francesa, que ha sido su impulsora. Entre los conceptos jurídicos de «dominio público» y «dominio privado» no existe una antítesis lógica en el Código civil francés, ni, por descontado, en el español, que más o menos le ha seguido. La doctrina, entonces confusa, procede, como con el nudo gordiano, o a negar el carácter de verdadera propiedad al dominio público, o a negar la distinción. Para aclarar la ausencia de lógica o el «paralogismo» he comenzado por reconstruir la ordenación lógica a la que se llega reuniendo todas las categorías y subcategorías que se han producido históricamente en el campo del dominio o propiedad como concepto que, forzosamente, ha de ser «género» en cuanto al dominio público como «especie», y este último se le abandona históricamente a su suerte, es decir, que se recoge cuando aparece y en el lugar donde aparece dentro de esa ordenación lógica, lo que permite definirle paralógicamente, es decir, como lo que es, y no como razonablemente hubiéramos pretendido que fuera. Obtenido su lugar en el cuadro lógico, donde no es una categoría, ni siquiera una subcategoría de primer grado, sino subcategoría de tercer grado, lo que hay que explicar es por qué ha llegado a ser paralógicamente una categoría, lo que se explica por las roturas que ha experimentado el ordenamiento lógico a través de la historia y de los hechos históricos. Se establece entonces la distribución cronológica de la rotura, pues se produce a través de diferentes períodos, y se determina la tipología de las causas de la rotura, que pueden ser político-económicas e ideológico-jurídicas. No toda la evolución va señalada por roturas, sino que éstas van acompañadas de «migraciones institucionales», que implica enriquecimiento de unas categorías y subcategorías a expensas de otras.

77. Vid. J. LALINDE, *El dominio público como paralogismo histórico en España*, en «Actas del III Symposium de Historia de la Administración», Instituto de Estudios Administrativos (Madrid, 1974), 451-82.

La inquietud por el juego de los sistemas y su evolución se detecta hoy en algunos autores. El hoy tan influyente Poulantzas ha destacado cómo la lógica moderna sirve para el examen interno de un sistema jurídico positivo, aunque debe ser doblado con un examen externo sobre la génesis⁷⁸. Entre nosotros, el profesor Pérez-Prendes entiende que el «sistema jurídico» contiene unos elementos jurídicos, como «normas» e «instituciones», que son operados por los que él llama «hechos sociales básicos» o grandes sentimientos naturales, como tendencia al dominio, al orden, el instinto sexual, el amor a los hijos y a la patria, la satisfacción de intereses y necesidades, las «posibilidades» que establece la infraestructura económica y los «valores»⁷⁹, donde, como puede observarse, se atiende perspicazmente a la evolución de los sistemas a través de circunstancias irracionales. En autores que, en cierta manera, subliman el «logos», como le ocurre a Toynbee, el irracionalismo de la evolución se manifiesta también de alguna manera, lo que, además, en este caso, no es sorprendente tratándose de un inglés. Para Toynbee las «culturas» se desarrollan a través de un proceso en cierta manera natural, pero terminan siempre por desintegrarse como consecuencia de que falla el papel dialéctico de la minoría gobernante, que es la que la ha creado, acelerándose la desintegración por los bárbaros vecinos o proletariado externo⁸⁰. La fórmula de salvación es situada por el autor inglés en la religión, lo que, quizá, no sea descabellado, si se admiten religiones laicas, es decir, construcciones dogmáticas, que, en último término, no son sino lo que ahora se denominan «ideologías».

Por todo ello, creo que el porvenir de la Historia del Derecho puede residir en un estudio paralógico de la misma, que supone el análisis de los sistemas jurídicos en cuanto máxima aspiración a la lógica, con detección de los paralogismos jurídicos que se producen en ellos y, finalmente, el de su evolución a través de las ideologías que preparan y justifican los cambios y de los paralogismos iushistóricos que se derivan de la actuación de las fuerzas vitales sobre la lógica de los sistemas.

V

No quisiera terminar escamoteando los problemas últimos o cuestiones fundamentales, sino pronunciarme sinceramente sobre los mismos, aunque esto revele más mi impotencia para resolverlos.

El problema fundamental es el de si la Historia se desarrolla azarosamente o, por el contrario, se somete a unas leyes, sean o no las de la Natu-

78. Cfr. *op. cit.* en nota 67.

79. J. M. PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, pág. 80.

80. Cfr. *op. cit.*, pág. 58.

raleza. Los historiadores suelen inclinarse a la primera opinión, incluso los que defienden la condición científica de la Historia, como los incluidos en el llamado «realismo», pues para un Ranke o un Mommsen aquella condición reside en el método de investigación, y no en el objeto de la misma. Los filósofos, por el contrario, suelen decantarse por el «determinismo», ya que su función la sitúan en el hallazgo de las fuerzas de aquél. Recordando lejamente los estadios comtianos, principia por reconocerse fuerzas religiosas, como es el caso del providencialismo agustino, pasando después a fuerzas metafísicas, como pueden ser la «idea» en Hegel, el «espíritu» en Dilthey, la «razón» en los ideógrafos neo-kantianos o el «destino» en Spengler, y se concluye por fuerzas naturales, como el «pensamiento humano» en Comte, la geografía en Montesquieu o Taine, y la organización de la producción en el marxismo.

Defender una concepción paralógica de la evolución del Derecho no significa aceptar el azar, pues ya se ha dicho que lo paralógico no es lo ilógico ni lo alógico. Lo paralógico significa que la actuación del hombre es teóricamente previsible, aunque prácticamente sea extraordinariamente difícil como consecuencia de las muchas posibilidades que ofrece. Significa que hay que conjugar muchos datos o, como se dice ahora, mucha «información» para conseguir la previsión.

Las posiciones deterministas basadas en fuerzas religiosas y metafísicas no están muy distantes de las concepciones azarosas de la Historia. En cuanto la Providencia no puede ser reconocida sino tras su intervención, en poco o en nada se diferencia del azar para el hombre. La aceptación del «destino» no es sino una visión pesimista del providencialismo, que anida en el corazón de los que han perdido una guerra, en tanto que las fórmulas idealistas no parecen haber resistido la implacable crítica del marxismo.

No parece, pues, que en el momento actual quepa dudar sobre la influencia de fuerzas materiales en el curso de la evolución, centrándose el problema en su número, intensidad y limitaciones.

Constituye una gran aportación del marxismo destacar la influencia de la organización de los factores de la producción, con la consiguiente incidencia en las personas y los grupos por la posición que ostentan en el proceso derivado de la referida organización. Lo que sucede es que todo proceso organizativo dependerá en parte de circunstancias puramente físicas, como la ubicación de materias primas, pero también será el fruto de voluntades humanas concretas. Febvre ya destacó la tercera tesis de Marx sobre Feuerbach, en virtud de la cual la doctrina materialista por la que los hombres son producto de circunstancias y de educación, olvida que las circunstancias son modificadas por los hombres y que el educador mismo tiene necesidad de ser educado, concluyendo el autor francés que Marx pone el acento sobre el papel de la voluntad humana en la historia, y que combate el fatalismo

de una historia cumpliéndose automáticamente⁸¹. Según R. V. Daniels, el determinismo económico ortodoxo fue repudiado oficialmente en la Unión Soviética cuando Stalin subrayó la continuidad de una teoría histórica voluntarista⁸², y según C. Bobinska, Lenin ya admitió que los factores de tiempo y espacio podían causar retrasos o alteraciones en el curso del desarrollo histórico⁸³, que se entendía como el determinado por puras circunstancias económicas. Para Althusser, la «contradicción fundamental» corresponde siempre a la estructura socio-económica, pero no debe confundirse con la «contradicción principal» de cada situación, que, incluso, se ejercita a través de «contradicciones secundarias», que no son mero epifenómeno⁸⁴.

Todo esto significa que el historiador actual debe abandonar también la esperanza de poder hallar la etiología del hecho histórico en un solo factor, aunque éste pueda tener carácter preferente, y que si ese factor puede ser válido para rubricar los grandes libros en que pueda dividirse una Historia de la Humanidad, no sirve para hacer lo mismo en los capítulos de esa Historia, que, por otra parte, son los que todavía están interesando en este momento a los historiadores. El problema aparece agravado por el hecho de todavía no hay un volumen convincente de historiografía marxista que haya aplicado los esquemas a acontecimientos concretos, hasta el punto de que el análisis del propio Marx a un acontecimiento como el golpe de Luis Napoleón en Francia deja aún, quizá, un cierto regusto a historiografía clásica, y sobre todo porque algunos autores, que no son marxistas, deslizan en algún momento la influencia de los factores de producción, pero sin explicación satisfactoria, con lo que los efectos son más negativos que positivos. El peor obstáculo para otra cosa es que la combinación de factores de producción, en forma fundamental, cambia muy de tarde en tarde, y si Marx pudo destacarla es porque coincidió, precisamente, con uno de esos cambios, y, quizá, con el más espectacular de todos ellos.

Ligado con esta cuestión se halla el problema relativo a los intereses de clase como motor de los acontecimientos, tesis de enorme atractivo, y a la que Pareto opuso su teoría de las «élites», postura que entre nosotros ha representado en cierta manera Ortega y Gasset. El marxismo considera que las «élites» no son más que subproductos de la división en clases, interesado en que no puede presentarse al partido comunista como una de aquéllas, en tanto para Pareto no hay absorción de las élites en las clases, y Mosca, por

81. L. FEBVRE, *Pour une histoire à part entière*, S. E. V. P. E. N., 1962, pág. 671.

82. R. V. DANIELS, *Fate and will in the Marxian philosophy of history*, en «Journal of the History of Ideas», 21, núm. 4 (1960), 538-52.

83. C. BOBINSKA, *O leninowskiej historiozofii i pewnych rodzimych potrzebach* (Sobre la teoría de la historia de Lenin y algunas necesidades nuestras), en «Kwartalnik Historyczny», 67, núm. 3 (1960), 611-33.

84. Vid. PUENTE OJEDA, *op. cit.*, pág. 31.

su parte, habla de «clase política» para designar a la minoría organizada y que por su organización logra dominar a la mayoría. Dentro de esta tendencia es interesante también la distinción verificada por Pareto entre «élites» de gobierno y de no gobierno⁸⁵.

Estas tesis o hipótesis tienen que ser estudiadas a la luz de la Historia, y tienen que ocupar un papel preferente en los estudios iushistóricos. El problema que ofrecen las «clases», concepto no explicado por el marxismo, según reproche que se le hace comúnmente, es que en la Historia no aparecen delimitadas, ni su actuación es consecuenta. Es indudable que la sociedad aparece dividida en grupos, con arreglo a lo que yo he llamado «factores de discriminación social», pero éstos son muy variados, pues unos son físicos o biológicos, como la edad, el sexo y la raza; otros son de carácter político, en cuanto el individuo puede hacerlos nacer y desaparecer, como la violencia, la posesión de medios económicos y políticos, el sostenimiento de instrumentos bélicos, la religión y la profesión, y, finalmente, otros son físico-políticos, en cuanto son físicos en su aparición, pero cabe al individuo conseguir la ulterior desaparición de sus efectos, como el nacimiento o la estirpe⁸⁶.

Sucede, entonces, que, frecuentemente, cada individuo no pertenece a un solo grupo social, porque no está afectado por un solo factor de discriminación social, sino por varios. La mujer judía, esposa de un baile medieval, sufrirá discriminación negativa en cuanto mujer y en cuanto judía, en tanto disfrutará de la positiva de la condición de baile que posea su marido. Conocer cuál es el «interés de clase» en esta mujer y su consiguiente postura frente al poder político es muy difícil. Podrá opinarse que prevalecerá su pertenencia a una élite de poder, pero es muy posible que las humillaciones morales sufridas por su condición de judía hagan de ella un enemigo mortal de ese poder público, o que su condición de mujer despreciada en el hogar haga causa común con los enemigos de su marido.

La idea de «clase» como la dominadora del proceso de producción es válida, en todo caso, para un período como el liberal o burgués, que ha anulado los privilegios de la estirpe, y que ha dado lugar a que el factor predominante de discriminación social lo constituya la posesión de medios económicos. Aún así y todo, hay que entender la dominación del proceso

85. Vid. BRAGA-PARETO, *op. cit.*

86. No comparto alguna tesis de B. CLAVERO en *Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y de la formación de un Derecho regional en Castilla*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 44 (1974), 201-342; pues me parece obvio que la esencia de la behetría reside en la encomendación, que hace a sus hombres pertenecer a un grupo social muy distinto de los campesinos no acogidos a ella. El que, finalmente, perdiera esa condición es otro problema, y, precisamente, por perderla es por lo que decayó, aspecto que ya había atendido el profesor Sánchez-Albornoz en sus famosos trabajos.

de producción en una forma muy amplia, es decir, no referida a la propiedad o posesión de los medios, sino a su disposición de una manera o de otra, debiendo recordarse el caso actual de los «ejecutivos». Desde la Baja Edad Media, lo que ha exitido es una sociedad que no se ha dividido en «clases», sino en «estamentos», cuya fuerza, independientemente de su origen lejano, no ha residido en su puesto dentro del proceso productivo. La baja nobleza no ha dominado los medios de producción, pues la tierra y el ganado han estado en manos de la alta nobleza y la industria lo ha estado en manos de la burguesía incipiente, y, sin embargo, no ha habido soporte más firme del poder, refugiada en los privilegios fiscales debidos a su estamento y en el control de la mayor parte de los puestos políticos, en forma que, precisamente, recuerda algo a los actuales ejecutivos frente a los grandes financieros. Si nos remontamos a la Alta Edad Media, y más si lo hacemos a los tiempos primitivos, veremos una sociedad donde lo que prima es la violencia o la fuerza desnuda. Al lado de todo ello, hay que recordar siempre los «controladores de conciencias», que no dominan directamente los medios de producción, sino a los dominadores de éstos, y que, sin embargo, desempeñan un enorme papel en la opresión social.

Si nos atenemos a la edad media podríamos ver en el campesinado la posible «clase» social, desalojada de todo dominio de los medios de producción, en tanto que son ellos los verdaderos «productores». Sin embargo, no existe unidad dentro de él, pues un hombre de behetría está muy distante de un hombre de solariego en los momentos de auge de la primera en virtud de su condición de «encomendado», la cual le permite disfrutar de una protección que, en un momento de orden público totalmente perturbado, valora por encima de otras condiciones materiales⁸⁷.

Los grupos sociales actúan inconsecuentemente con los que hoy nos parecen sus verdaderos intereses, es decir, yerran frecuentemente desde nuestra perspectiva. Como es sabido, gran parte de las clases populares españolas defienden a principios del siglo XIX un absolutismo monárquico que las oprime, frente a un liberalismo afrancesado que trata de redimirlas. Esto parece indicar que los grupos o clases sociales no disfrutaban automáticamente de una representación mental correcta de sus intereses, sino que necesitan pequeños grupos que las «conciencien», es decir, que las suministren esa correcta representación mental, lo que puede significar el que se desemboque en una teoría de «élites» o «minorías» organizadas como motor de la Historia. Podrá suceder que las «élites» se identifiquen correctamente con los intereses de las masas en unos movimientos, o los interpreten mal en otros. Como podrá observarse, una gran cantidad de problemas se ofrecen a la tarea del historiador, que es el que podrá decir la última palabra al sociólogo o al filósofo, pues en definitiva es el que dispone del laboratorio exclusivo de las ciencias humanas, que es la Historia.

Se vuelve una vez más al hilo conductor de esta conferencia, que es la

conducta, en parte lógica, y en parte paralógica, de los hombres. El que tras los esfuerzos de la sociología de Tarde o de Ribot ofreciera Pareto sus «residuos» y «derivaciones» como complejo de causas históricas, o el que después haya habido esfuerzos muy interesantes para corregir la «lógica» del marxismo, con la «paralógica» del freudismo, como en el caso de la Escuela crítica de Frankfurt, puede ser un buen camino para que en el futuro los «paralogismos históricos» se disuelvan en una «lógica de la Historia», que no estará fundamentada en una causa remota única, sino en una estimación probable de conjuntos de causas y conductas.