

El mito de Friné

JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO
Catedrático de Historia del Derecho (Universidad Complutense de Madrid)

Se apoyaba en la *Philosophia rationalis sive logica* de Christian Wolf (1782) según me comentó muchas veces, la definición que Manuel Torres López ofreció de la Historia jurídica. Fue en efecto la primera que incorporó a esa ciencia el factor de *telos*, en cuanto exigencia de caminar hacia un fin cognoscitivo pleno de las cosas.¹ El cumplimiento de esa demanda conduce al investigador a plantearse el problema del tránsito de unos paradigmas a otros, de entre aquellos a los que concierne el Derecho.

Sabida es la dificultad de los usos y significados de la expresión paradigma. Utilizada por Platón en el sentido de *modelos*, Thomas S. Khun, a mediados del siglo XX, definió como paradigma el marco contextual de la ciencia en el que se articulan los conocimientos. Cuando las anomalías acumuladas en su recinto dejan de ser adaptables a él, ese exceso denuncia una revolución científica que lleva de un paradigma a otro. No de forma muy diferente se expresa Michel Foucault al dibujar su categoría de *epísteme*.

Debe dejarse aquí de lado el debate sobre las definiciones de paradigma, advirtiendo sólo que utilizaré el término en el sentido que he expuesto. Mi objetivo es señalar ciertas significaciones (inmensidad, coactividad, etc.) y efectos (terror, error) de los paradigmas sacrales y profanos sobre la creación del Derecho, situar lo que llamaré «mito de Friné» en la línea de sustitución

* Este artículo anticipa el capítulo primero del ensayo "*Angustiae iuris*. Terror, error y Derechos en la Historia occidental", del cual se hizo una exposición íntegra en el curso de la Universidad Internacional "Menéndez Pelayo" en Barcelona los días 28 de Febrero a 3 de marzo de 2000. Algunos materiales parciales y distintos del mismo libro, han sido publicados en *el Anuario de Historia del Derecho español*, vol. 67, 1 como homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Tomás y Valiente. Desde hace muchos años, sólo motivos de esa clase han justificado algunas ocasionales colaboraciones del autor en una revista de la que se siente muy distante.

¹ "Ciencia que investiga y trata de conocer y exponer, a través de una concepción dogmática, inductivamente adquirida, la vida peculiar de los sistemas jurídicos que pasaron, tanto en su desarrollo como organismo total, cuanto en el parcial de las instituciones que los integraron y condicionaron, siempre que, mediante una valoración causal-teleológica, hayan sido significativos para la vida jurídica posterior". *Lecciones de Historia del Derecho español*, vol. I (2ª ed.), Salamanca, 1935, págs., 50-51. No encierra cambios respecto de la primera edición, en 1933, vol. I, pág. 44.

de los primeros por los segundos, para procurar la enucleación de una *Historia de los Derechos*, como meta de las *Historias del Derecho*.

Una de las más extendidas aplicaciones del paradigma sacral al Derecho, aparece en los capítulos 20 a 23 del libro del *Éxodo*, que recogen el núcleo del Derecho mosaico. Su fuerza de obligar radica en la *epifanía* o manifestación (no interesa discutir si es *hierofanía* o *teofanía*) del capítulo 19, que venía preludiada en el capítulo 3, 5-6. Por último el relato del libro segundo de los Reyes (capítulos 22 y 23) acerca de cómo Jelcías el sacerdote y Josías, rey de Judá (640-609 a.C.) encontraron en el templo de Jerusalén, el volumen de la ley, sigue manifestando que su apoyo esencial, como fuente creadora del Derecho era la voluntad divina.

Se trata de una norma sagrada, porque proviene de Yahvé. Podemos dejar a un lado la disputa de Zubiri con Heidegger acerca de si la divinidad que se muestra en las teofanías es o no en sí misma lo sagrado, porque esa discusión se dirige a esclarecer si lo sagrado es o no lo primario de la religión. Aquí sólo interesa señalar que la sacralidad, tenga que ver lo que sea con la religión, es constituyentemente lo esencial para la normativa mosaica, y no la voluntad del pueblo de Israel y de Judá.

Precisamente cuando se nos muestra esa voluntad popular (en los pasajes citados del libro de los Reyes), sólo manifiesta una clara decisión de ruptura con el olvidado volumen de la Ley mosaica. Pero Jelcías lo encuentra y lo lleva al rey Josías. Se invocan entonces las palabras iniciales del Decálogo (según *Éxodo* 20,5) en las que Yahvé proclamó su monopolio normativo. En que ese predominio ha sido rechazado por el pueblo. Josías justifica la larga, minuciosa y abrumadora represión, más bien exterminación, a la que se entrega con el explícito beneplácito divino, contra todas las personas que habían optado por vivir en un marco diferente de preceptos, y la destrucción de las cosas en que se simbolizaba esa opción.

El Derecho mosaico está pues inmerso en el ámbito de la deidad. Es fuerte por eso. Los rasgos de la deidad se resumen en ser el poder “último, posibilitante, imponente”, según Zubiri. Traza este autor quince perfiles que delimitan ese inmenso poder. Y basta señalar que todos ellos tienen un vector común, inundar la vida humana, que aparece despojada de cualquier posibilidad que no sea una alegre aceptación de la sacralidad y de la presencia divina. Habrá que tocar aquí la cuestión de la sacralidad. Zubiri afirma que, en parte, la historia de las religiones es “la historia de los destrozos que el hombre ha hecho en la religión”. Eso hace surgir la pregunta de si la *Historia de los Derechos*, no descubre también en parte, la de los destrozos que la religión ha hecho en la vida del hombre. Veamos ahora, unos hechos, un *topos* y un mito, para sugerir un esbozo de respuesta.

Unos trescientos años después de Josías, vivió el abogado y político ateniense Hiperides (389-322 a.C.). Entre otras cosas su biografía está ligada a sus convicciones antimacedónicas, paralelas a las de Demóstenes que le acabarían costando literalmente la lengua y la vida. Pero aquí interesa recordarle por su presencia hacia el 347 como letrado defensor de la hetera Friné (Φρυνή) modelo de Apeles y Praxíteles, para sus imágenes de Afrodita, del primero como *Anadiomene* y del segundo para la escultura venerada en la ciudad de Cnido, una copia de cuya cabeza se conserva en el Museo del Prado. Veamos algo de lo que nuestras fuentes dicen sobre ella.

Fue acusada como Sócrates, del confuso delito llamado *asebeia*, castigado con la pena de muerte, de cuya variadísima tipología interesa resumir que aparece marcada por una directriz de menosprecio de la religión ateniense incluyendo la familiaridad excesiva con lo divino. No sólo en Sócrates, sino en sacerdotisas como Nino o Teodoride, fueron ejecutadas sendas condenas a muerte por este delito.

Friné fue absuelta, tras un discurso de Hiperides y todavía poco más de cuatrocientos años más tarde de la sentencia, el único hispano importante relacionado con medios jurídicos, Quinto Fabio Quintiliano, recogía en sus *Instituciones oratorias* (2,15,9) la generalizada, lasciva y antigua opinión (antes Sexto Empírico, *Contra los profesores*; 2,4 y otras fuentes), según la cual Friné fue absuelta por sus jueces.

no tanto por la defensa de Hiperides, aunque fue admirable, sino por la contemplación de su hermosísimo cuerpo, ofrecida mostrándose desnuda al quitarse la túnica (en pleno proceso), en la creencia de librarse del peligro

Bajo ese conjunto de hechos e interpretaciones se configura el wagnerizable relato que denomino «mito de Friné».

Sobre todos y cada uno de los distintos aspectos que encierra el proceso de Friné se ha escrito mucho.² No se conserva el discurso de Hiperides, del que solo quedan ecos a través de terceros, conformes todos en su gran calidad técnica. A mediados del siglo XIX se encontraron papiros que contenían

² Buenos estados de la cuestión en los artículos "Phryne" e "Hipereydes" de A. Raubitschek y Thalheim, respectivamente en la *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (1914). Sólo cabría añadir L. Cantarelli, "Osservazioni sul processo di Friné" en *Revista di Filologia e d'Istruzione clásica*, 13 (1885), págs. 465-482; P. Girard, *Hypéride et le proces de Phryné*, París (B. Grasset), 1911; P. Fougart, "L'acusation contre Phryné" en *Rev. de Philologie* 26 (1902), págs. 216-235; G. Kowalski, "De Phrynes pectore nudato", en *Eos*, 42,1 (1947); E. Farina, *Il processo di Frine*, ed. Sep. de *Collana di Studi greci*, 32, Nápoles, 1959. G. Cooper, "Hyperides and the trial of Phryne", en *Phoenix*, vol. 49 (1966).

fragmentos extensos de otros discursos suyos pero nos sigue faltando en plenitud la defensa de Friné.³

De esa discusión importan de modo principal en nuestro contexto tres cuestiones muy ligadas entre sí; la acusación, la prueba elegida y la absolución. Respecto de la segunda, ya fuese iniciativa de Friné o de su abogado, como creyeron los artistas decimonónicos que recrearon el tema, y muy especialmente Jean-León Gerome (1824-1904), Paul Girard, llegó con implacable lógica a sostener que:

ese episodio del proceso debe ser clasificado entre los cuentos bonitos. Los jueces atenienses de 347 no asistieron a ese espectáculo de belleza, aunque imprevisto, sobre el cual nuestro arte se ha complacido, creyendo en testimonios endebles, en posar sus ojos embelesados⁴

La misma opinión, apurando los testimonios conservados, sostuvo A. Raubitschek, que no parece conocer ni la conclusión de Girard, ni el estudio del proceso en cuanto tal hecho por L. Cantarelli y autores anteriores.

Todo inclina a dar la razón a los escépticos. Que Friné buscase, como dirían los procesalistas, remedios a su situación es comprensible, pero aparecer desnuda ante el tribunal, no se los proporcionaba. Ni por la cultura de la época, cuando la visión pública de un cuerpo bello, masculino o femenino no había sufrido la morbosa represión posterior que se radicalizaría con el cristianismo y eso elimina cualquier explicación libidinosa, que tampoco podía ser actitud judicial unánime. Ni por el riesgo de que se interpretase como prueba de la misma *asebeia* contra cuya acusación se luchaba.

Que la figura que había servido de modelo para pintar y esculpir la imagen de una diosa, pretendiese arrollar con su sola manifestación el juicio de los heliastas, corría el riesgo de que les pareciese más bien una autodeificación blasfematoria (así actuaría el sacerdote-juez en el *Evangelio* de Mateo, 26, 63-65 y pasajes concordantes en los restantes evangelistas) y ese peligro no podía dejar de imaginárselo un abogado tan experto como era Hiperides. Por otro lado nadie ignoraba su fama bien acreditada de amores con Friné y

³ Traducidos excelentemente al español, en 1973 por J.J. Torres Ruiz en la serie *minor* de las que entonces editaba el Instituto de Historia del Derecho de Granada. Ch. Jensen es autor de la edición publicada en la Biblioteca Teubneriana, Stuttgart. Cfr., ahora J. M. García Ruiz, *Oradores menores. Discursos y fragmentos*, Madrid (B. C. Gredos 275), 2000, págs. 229 y sigs.

⁴ Girard, *op. cit.* pág. 33. Prescindo de otras muchas cuestiones, como si Friné es nombre de una o varias heteras, su relación como modelo con los artistas citados, entre otros temas que toca Raubitschek, o si su desnudez ante el tribunal fue total o parcial, etc.

otras famosas heteras, lo cual disminuía mucho la posibilidad de éxito para semejante *strepitu fori*.

Cuando considero todo eso, ninguna de las fuentes me es convincente para persuadir de que Hiperides se plantease enfrentar a los jueces con una *deisidamonia*, o apelación supersticiosa a los dioses. La famosa frase “interprete y servidora de Afrodita” no va por sí, más allá de su sentido literal en una argumentación procesal en la boca del letrado defensor. Al menos yo no veo en el Pseudo-Plutarco (*Vidas de los diez oradores*, 849 D.E.) ni en Ate-neo (XIII, 591, e) ni en Sexto Empírico, ni en Quintiliano, ni en *Rhetores Graeci* (IV, 415; V, 285; VII-1, 335, 338; XIV, 64,16, 173-9; 190-19) nada que realmente apoye sus malévolas insinuaciones adjudicando a la asamblea judicial una “compasión” especial hacia Friné, más allá de lo debido en justicia por la comparación de los alegatos en su pro y en su contra. Veo unos relatos que frivolizan a distancia unos hechos, usando una retórica burlesca, propia ya de tiempos que caminan hacia, o están en los cristianos, en el contexto del conflicto con el paganismo, ya estudiado por A. Alföldi en 1952 y puesto al día por D. Brodka en 1998. Sin entrar en un tema en el que existe tanta y tan minuciosa bibliografía, lo cual sería por completo inoportuno en este ensayo, no quiero dejar de recordar como muestra de las actitudes pudibundas que sustituyen a las desenfadadas en torno a la belleza física humana, el muy significativo texto de Quinto Curcio Rufo, que en sus *De rebus gestis Alexandri Magni*, V, 1, 37-38, se horroriza de la desnudez femenina en público. Pero lo que no fue un hecho real, sí se dijo como cierto. Raubitschek, que algo del significado sacral entrevió al comparar el desnudamiento de Friné con los alardes eleusinos y poseidónicos (aunque también, bajo el signo de Aristófanes, apunta conexiones menos acertadas a mi juicio con los epigramistas eróticos) se detiene en constatar la presencia de un *topos* que, se conservó ya para siempre, pasando de unos autores a otros. Lo que subsiste así es que los heliastas absolvieron a Friné después de verla desnuda, rompiendo con ello el criterio establecido en otros casos.

Por mi parte afirmo que, más allá del *topos*, estamos a presencia de algo entendible como mito, entendiendo este concepto, al modo de Ernst Cassirer y Claude Lévi-Strauss, como aquello que se forma obedeciendo a una necesidad inherente a la cultura (según el primer autor) y cuyos elementos básicos o *mitemas* se combinan en distintos niveles hasta constituir un sistema, en la teoría del segundo.

Un mito, en el sentido conceptual que aquí otorgo a ese término, es la manifestación intrahistórica de una percepción, cuando la referimos a algo que es altamente significativo para la mente humana y por eso alcanza un valor indeleble a la historia.

No es un dato de archivo y no puede ser tratado con la hermenéutica histórico-crítica que se aplica a los datos de esa clase. No es un resto arqueológico y tampoco acepta ser encajado en el contexto de ese otro tipo de piezas. Desde luego que historiadores y arqueólogos hacen ambas cosas con los mitos, pero entonces los desmitifican, es decir los destruyen, transformándolos en lo que no son, al interpretarlos como no deben.

Un mito nunca puede ser reducido, si se le maneja como tal, a una información sobre un momento histórico específico de un horizonte cultural determinado. Pretender eso es desnaturalizarlo en cuanto mito, que por sí, es intrahistórico, en cuanto manifiesta percepciones que no se circunscriben a sólo algunos momentos determinados de la historia, sino que quedan ya interiorizados en el discurrir general de ella, con plena independencia del marco histórico en que se manifiesten de modo más llamativo para el observador. Este suele apellidarlos con referencia a tal marco, pero no por querer circunscribirlos a él, sino por mera practicidad denominativa.

Sin embargo, los historiadores y los arqueólogos caen con frecuencia en ese error, del que suelen librarse más los juristas, los filólogos y los antropólogos, dicho sea con las excepciones necesarias, aunque no abunden.

Así se da el caso, por citar una experiencia concreta, de que cuando en su día señalé la existencia de un mito prendido en las redes de los relatos históricos sobre Tartessos, pero distinto de estos, como son diferentes tales aparejos de pesca, de los animales retenidos en ellos, fue significativo que juristas como Tomás y Valiente entendieran la diferencia, mientras que arqueólogos como Almagro Gorbea, volviesen a no percibirla, y lo que es peor dogmatizasen sus limitaciones, censurando que yo no me planteara la situación del mito tartésico en el ámbito de la específica prehistoria peninsular. Pero esa tarea era justamente la que no tenía sentido suscitar más allá de una referencia preliminar, si se quería abordar el mito como mito, no como dato archivístico, ni como residuo arqueológico.

Un buen ejemplo (por exagerado, pero para que lo entienda quien piense como Almagro Gorbea) de cuanto digo, aparece en el tratamiento de un fenómeno que se ha repetido miles de billones de veces en el transcurrir de los tiempos, el arco iris. De suyo, no se trata sino de un fenómeno nada mítico, sino físico. Cada vez que un cronista medieval habla de que aquí o allá, se produjeron lluvias a las que otorga efectos históricamente altos, es seguro que el arco iris apareció en una u otra perspectiva de quienes las padecieron. Ciertas religiones interpretan ese fenómeno como una señal de pacto entre Dios y la humanidad (como ocurre en *Génesis*, 9,8-15) creando un mito que vivirá en la intrahistoria de una forma u otra. Comprobar su comportamiento como tal es lo importante, mientras que resultaría innecesario y hasta ridí-

culo plantearse las veces que el arco iris ha sido realmente visto o no en cada momento, en que las lluvias fueron protagonistas decisivas en alguna situación social.

Volvamos ahora los ojos, establecida esa fundamentación metodológica, no al *topos*, no a la realidad histórica, que son los nudos patentes del juicio de la hetera, sino a lo que he llamado «el mito de Friné», descomponiéndolo en sus mitemas.

Aparece en el primer mitema, alguien que viene del mundo de lo sagrado, la Friné-Afrodita (ya fuese como la *Anadiomene* del pintor Apeles, o como la de Cnido del escultor Praxíteles) y se sitúa en el mundo de lo jurídico.

En el segundo mitema se definen los contextos de lo jurídico, en cuanto determinado por un paradigma de tipo mosaico, es decir sacral, dada la naturaleza de lo punible en la conducta llamada *asebeia*.

Se hace (tercer mitema) precisamente en el corazón de ese contexto pues, como luego volveré a señalar, la forma elemental de lo jurídico es el juicio. Aquí, la percepción que el mito presenta como prueba procesal es humana en absoluto, la contemplación por hombres de una mujer desnuda; la relación no es religiosa (Afrodita-hombres) sino humana (hombres-Friné).

Se la juzga desnudada de la condición de diosa (cuarto mitema) y no es verosímil la explicación libidinosa de las fuentes citadas.

Los heliastas dictan una sentencia plenamente desacralizada en cuanto que, precisamente, rompe la lógica que conducía sin remedio, considerando el comportamiento comparado de la acusada con el de las otras personas antes denunciadas por lo mismo, a estimar el pecado-delito de *asebeia* (quinto mitema).

En esas condiciones, como la absolución sólo podía existir mediante la desacralización del Derecho, dejando de considerar delito el pecado de *asebeia*, se envuelve tan enorme paso en una parábola, deformada en un *topos* malévolo. Friné se había desnudado ante sus jueces, lo que significa que estos han juzgado de modo puramente humano, trasladando el Derecho, desde el terreno sacral (pecado) hacia el de lo profano (delito). Analizaré poco más abajo estas categorías, pero ahora hay que concluir este rápido comentario de los mitemas.

Es fundamental el cuarto de ellos. Dice que Friné fue contemplada desnuda por sus jueces, pero profanamente, no como reflejo o evocación de Afrodita, sino como mujer. Sólo bajo tal imagen era posible presentar algo tan enorme como la ruptura del paradigma sacral del Derecho. Nada importan las referencias cronológicas acerca de la vigencia tipológica de la *asebeia* como delito. Aquí sólo digo que hubo un momento, la sentencia de Friné, en que se percibió el contraste entre la inconmensurabilidad de lo pecaminoso

(conflicto Dios-humanos) frente a la mensurabilidad de lo delictivo (conflicto entre humanos) y se rechazó que lo primero se identificase con lo segundo. Ese modo de juzgar se remite a lo profano, no a lo sacral y la profanidad se envuelve en lo que el mito presenta como la prueba apreciada, el cuerpo desnudo de Friné, no el de Afrodita.

Resulta curioso que, muchos años más tarde, en 1861, el pintor Jean León Gerome, compusiese su obra con una figura de Friné, estrictamente humana, rechazando los fáciles caminos de interpretarla, bien como la diosa que deslumbra al tribunal (como Afrodita obnubiló a Paris) bien con la tosca lascivia de las fuentes antes citadas. Algo debió intuir Cezanne, que copió en sus cuadernos cosas de éste cuadro, siendo tan distinto él, del estilo neo-greco o neo-pompeyano que André Michel adjudicó a Gerome, en contra de la admiración academicista de Ch. Blanc. También el sentido estético de Luciano de Samósata le permite ver más dignamente a Friné.

El mito de Friné, narra la desacralización o mejor profanación del Derecho y debe reconocérsele en la historia jurídica un lugar propio (como se le ha reconocido también al mito de Tartessos). Es demasiado endeble interpretar todo lo que se nos dice sólo como un *topos* de equiparación de verdad con belleza, o de las picardías judiciales, lecturas posibles, pero superficiales. Más sólido es ver una referencia esencial sobre el desplazamiento del vigor de lo jurídico, desde una sede sagrada a otra profana.

Llegados a este punto se hace urgente examinar, siquiera sea de modo sumario, categorías como *sacralidad*, o *profanidad*, que no están siendo entendidas ni aplicadas aquí de modo coloquial, pero antes es preciso cerrar lo dicho sobre el paradigma mosaico y el mito de Friné, con una consideración del paradigma profano por excelencia, el ciceroniano.

De Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.) quiero recoger sólo una formulación dogmática y una práctica política. No pretendo, ni es necesario un examen más amplio de la compleja teoría jurídica ciceroniana. Los anclajes básicos en que se soporta residen, en última instancia, en esas dos referencias. La primera se contiene en su *De legibus*, obra conservada parcialmente. Es el axioma según el cual:

no existe en absoluto justicia distinta de la que la que lo es por la propia naturaleza. La que se apoya en el interés, el interés la destruye, de modo que si lo natural no soporta el Derecho, éste pierde toda fuerza (15, 42, in fine)

El fundamento de lo jurídico y por tanto su creación, su interpretación y su aplicación, han sido referidos en esas frases a lo que es *natural* para Cicerón, pero sin que para delimitarlo, este autor se remita a otra autoridad que a

la humana, a lo profano, no a la divina con lo sacral, como ocurría en el paradigma mosaico.

Pero además, de la práctica política ciceroniana, se desprende un antice-sarismo evidente que acabaría llevando a su autor a la muerte. Resulta lógico que se le vea como un paralelo de Hiperides y Demóstenes. Ellos contra Filipo y Cicerón contra César y Octavio Augusto. Conviene comparar la práctica política de Marco Tulio con la de éste último.

En noviembre de 1999 se ha publicado un texto de un edicto de Augusto promulgado el año 15 a.C. que se encontró pocos meses antes en Bembibre.⁵ En él Octavio devuelve a unos lugareños que le han sido fieles en las guerras de más allá del Duero, unas tierras que antaño fueron suyas. Mucho antes, en el 189 a.C., el procónsul (título que también usa Octavio) de la provincia Ulterior, Lucio Emilio Paulo, había hecho lo mismo con algunas de las gentes sometidas a su gobierno. Pero Lucio Emilio declara que, para consolidarse, su decisión debe ser compartida por el Senado y el pueblo de Roma. “Tendréis esas tierras y ese régimen jurídico (viene a decirles) mientras el pueblo y el Senado romano quieran” (*dum populus senatusque romanus uellet*) es decir, su decisión encuentra vigor jurídico en la acción conjunta (*co-actum*, categoría que se examinará aquí enseguida) de la comunidad política romana. Augusto en cambio decide por sí y ante sí que no se admitieran contradicciones (*sine controuersia*) a un mandato suyo. El tema y las decisiones son análogas pero se observa un poder compartido (*coactum*) con todos en Lucio Emilio y un poder individual sobre todos con Octavio Augusto. No es extraño que a poco de practicar lo segundo se acabe por deificar a los emperadores y se regrese con ello a la sacralidad como base del Derecho. Ese contraste y ese camino marcan la naturaleza del paradigma jurídico ciceroniano.

Resulta lógico por eso que los ilustrados y los autores como Gibbon admirasen a Cicerón y que Teodoro Mommsen le odiara. No se trata ahora de señalar lo justo o injusto del trato histórico que se manifiesta o se encubre con esas actitudes, basta señalar lo coherentes que son todas esas posturas respecto del paradigma jurídico del arpinatense, dada la situación ideológica de cada uno de esos escritores posteriores a él que he citado.

Pero importante es también que Cicerón nos ponga en vías, no solo de la desacralización, sino de percibir el valor de la *coacción*, entendida como acción conjunta que no puede ser alterada por el monopolio de unos sujetos sobre otros, como pretendían César y Octavio. Para explicarlo mejor hay que apuntar a continuación algunas cosas sobre el modo de conocer que es pro-

⁵ Cfr. Por ahora, I. Balboa de Paz “Un edicto del Emperador Augusto hallado en el Bierzo”, *Estudios bercianos*, 25 (nov. 1999), págs. 44-53.

pio de la *Historia de los Derechos* (no de un Derecho, ni de los *derechos*), y el juego de lo sagrado, lo profano, la coacción, el terror y el error, para que los dos paradigmas, el de Moisés y el ciceroniano, así como el mito de Friné, cobren su sentido más pleno posible. Vayamos pues a la primera de esas cuestiones.

El Bachiller Alfonso de la Torre, en su libro “Visión delectable de la Filosofía et de las otras ciencias”, impreso en 1489, decía:

quando digo sabios non digo de aquellos que non saben si no las leyes humanas y constituciones ordenadas por los ombres (fols. 98v y 99r)

Existe pues otro saber de preferente y preferible calidad al que se refiere más propiamente la ciencia. A ese área cognoscitiva corresponde la percepción de un hecho de enorme magnitud en la historia humana y que no es sino la *Historia de los Derechos*.

Cuando planteo esa expresión no me refiero a los *derechos* referidos a un sujeto, como el haz de los derechos humanos, ni tampoco al círculo más amplio de los *derechos* llamados *subjetivos* para hablar más en general. No desde luego a los preceptos aplicados a unas situaciones, a los que solemos calificar de *derechos objetivos*. Contemplo los *Derechos* como conjuntos interactivados de normas, de prácticas y de criterios, que presentan una corporeidad poblada de coherencias y conflictos, a la que en otra parte he denominado *sistema jurídico*, como ocurre por ejemplo con el Derecho romano o con el canónico. Utilizo siempre la mayúscula inicial para aludir a esas categorías y las minúsculas para los derechos, objetivos o subjetivos, rompiendo deliberadamente con ello las normas gramaticales de la Real Academia ya que si las respetase, introduciría un elemento pertinaz de confusión.

No hay duda de las reminiscencias aristotélicas en la mente de De la Torre. Como señala Zubiri al recrear el pensamiento del estagirita en “Cinco lecciones de Filosofía” (1980), ese saber superior es el propio y adecuado para identificar al sujeto llamado *sophós*, como aquel que accede a lo más difícil, lo más exacto, lo enseñable, lo que gobierna y lo que se autosatisface. Todo ello en cuanto saber. Por debajo reside el conocer menor de las diversas técnicas (*tékhnai*) que es el precepto jurídico-positivo. La *tekhné* jurídica, que es lo que De la Torre minusvalora.

El saber superior invocado lo es aquí, en cuanto suscita el problema filosófico acarreado por la Historia de los Derechos. Resulta ser pues, filosofía, porque esta se constituye como un saber apodíctico (demostrativo) sobre algo que *es-en-sí*.

Es *epistemé*, o ciencia, dotada de un modo de saber (*nous*) de las cosas en su ser no conmutable. Es un saber que tiene como objeto el ente jurídico en cuanto tal ente (*on e on*). Del mismo modo que la Geometría no estudia cada esfera, sino las proporcionalidades de la esfera, la Historia de los Derechos, no contempla ni a éstas, ni a sus dimensiones sucesivas o comparadas. Esta última tarea ha tenido sus realizadores en obras como la *Enciclopedia jurídica* de Ahrens (traducida al español en 1878), y las de Pasquale del Giudice (1885) o Merkel (traducida en 1924). También en libros de Paul Vinogradoff (1924), Mario G. Lossano (1978 y 1988) y Jesús Lalinde.⁶

Aquí en cambio se trata de otra cosa. Se quiere contemplar la problemática forma de considerar una realidad histórica conjunta, procurando su intelección filosófica al tomar esa historia como un bloque abstracto, situado en el interior de la Humanidad. Eso es tarea que más bien conoce el precedente de Pierre de Tortoulon, "Los principios filosóficos de la Historia del Derecho", introducido en España en 1909, por Gumersindo de Azcárate y Ramón Carande. Sin embargo, en esta exposición estoy utilizando como soporte esencial, una filosofía diferente a la que Tourtoulon conoció, la del español Xavier Zubiri, especialmente en sus libros sobre la inteligencia (1980-1983) y sobre el problema filosófico de la historia de las religiones (1993).

Ese saber sobre los Derechos, es una parte de la actividad autárquica, que es el saber propio de la Filosofía aristotélica. Ciertamente que los Derechos requieren "al otro" como soporte de su *telos* o fin intrínseco. Pero ese *telos*, en la medida en que quiere volar hacia la posesión de lo justo, forma a su vez parte del *telos* específico del *bios teoréticos* o vida sabia, que sí es vida que se basta a sí misma. Forma parte de ella, pero no es su todo, puesto que la vida teórica se califica por ese bastarse a sí misma, en contraste con cualesquiera otras posibles vidas, necesitadas de la réplica otorgada por la reacción del otro. Ese es el caso de la vida jurídica, que precisa apoyo en virtudes de conducta para crear sus relaciones.

Mas, aún así, con esa restricción, la indagación filosófica supone un modo de actividad que puede aplicarse al vivir jurídico, como puede igualmente hacerse al vivir religioso, aunque ambos se apoyen en esas virtudes de comportamiento.

Si atendemos a lo que se nos ofrece como cierto, los Derechos residen en ese ámbito como hechos configurados por normas, discursos, relaciones, instituciones, etc. Todo ello es lo que para Hegel constituye uno de los momentos del espíritu objetivo, que se impone a lo sujetos individuales.

⁶ *Las culturas represivas de la Humanidad*, Zaragoza (Universidad) 2 vols. 1992.

Me interesa destacar esa imposición, ese dominar, en cuanto recae sobre el objeto de lo jurídico y del mismo modo que Durkheim señala que ese objeto, en el caso de lo religioso, es lo *sagrado*, sugiero identificar a lo coactivo, la *coacción*, como el objeto de lo jurídico.

Se trata de un término que procede del verbo *ago*, y más centradamente de su forma *actum*. Con la evolución que lleva desde *cum-agere* a *cogere*, aparecerá *coactum*, con su primigenio significado de *actuar en o para un conjunto*. Hacer, pues con otro u otros. Pero ¿qué hace? ¿quién hace? y ¿con quiénes hace? Para responder se requiere detenernos un momento, en subrayar el significado específicamente jurídico de esa *coactio*, o acción conjunta.

Lo *que* hace es dominar en una pluralidad humana, desde una convicción racional, asumida como satisfactoria en volúmenes sociales decisivos.

Respecto del *quien*, ante todo se percibe una *epiphaneia*, o acción de mostrarse, (en este caso de la coacción) que se manifiesta como una *iurisanía* paralela a la *hierofanía* o manifestación de lo sagrado en el ámbito de lo religioso.

Ahora podemos pasar al tema de *con quien* nos viene dada esa *actio*, para ser *co-actio*. Manifestada en cuanto *es en sí*, la coacción jurídica pertenece al terreno de lo profano. Si *fanático* es lo que se adhiere con vehemencia desmesurada al *fanum* o templo, por contraposición radical *profanus* es el que está fuera del templo, el no iniciado en lo sagrado, el que no participa en ello. Así el sujeto que se ve obligado a apelar a la testificación de la divinidad para afirmar su inocencia ante alguna acusación, se asilará en un templo (ese es el sentido originario del derecho de asilo, la ordalía de la propia inocencia) entrando en él, es decir, saliendo del territorio de lo profano, para entrar en el que está sacralizado. La forma elemental de la vida jurídica es justamente un juicio, pero sólo *es en sí* jurídico ese juicio, cuando *no* ejecuta un tabú, porque éste sólo es a su vez la forma elemental de la vida religiosa.

Así pues no se trata de vecindades, sino de contraposiciones. Es decir, de modo absoluto se diferencia lo sagrado de lo profano. Zubiri ha escrito resumiendo a Durkheim que “en su absoluta absolutidad, por así decirlo, estriba todo el vigor de esa oposición”.

Mientras un Derecho esté inspirado en una referencia sagrada, ya sea bajo forma religiosa, judía, cristiana, musulmana, o de la religión que quiera que sea, la densidad de lo sagrado anegará la esencia de lo jurídico, impidiendo la profanación que es de suyo la *iurisanía*, esto es, evitando que lo profano desaloje a lo sagrado en esa forma de *epifanía*, y lo hará para lograr que siga siendo siempre, bajo cualquier figura, una *hierofanía* o manifestación de lo sagrado.

Dicho de otro modo, desde la sacralidad se inunda lo humano. No hay *coacción* en lo sagrado, sino dominio o imperio de lo sacral. Pero dominio inhibente de lo humano y así no cabe la acción conjunta de la *co-acción* sino sólo la supeditación de lo humano a lo sagrado.

Erramos siempre los juristas al hablar de Derechos estrechamente vinculados a las religiones. No cabe conmixtión entre lo sagrado y lo profano, porque los rasgos de la sacralidad lo impiden. La sacralidad es el sumo grado de lo enérgico, lo misterioso, lo fascinante y lo monopólicamente poderoso, es decir, es en sí, lo *tremendo*. Ya se ha señalado eso antes al mencionar los quince puntos en que Zubiri desmenuza su inmensidad. Se trata de lo que por ser de ese modo *a-humano*, llega a manifestarse como *sobre-humano*, entendido como dominación que penetra sólo por sí en lo humano, para enseñorearse en ello sin reconocer participación efectiva suya. Es así, *in-humano*, o sea que impregna (*in*) lo humano con tal soberanía que lo destruye.

En aquellos Derechos en que la revelación divina constituye fuente de creación de sus normas, la sacralidad es su eje y no es posible concebir otra presión que la constituida por el peso mismo de lo sagrado.

Existe pues una dominación reglada *por y para sí*, que es sacral, en cuyo caso en último término no hay Derecho, porque hay sacralidad y ésta no convive en sí con lo profano. Sólo cuando esa fuerza realiza la acción de situarse fuera o delante (*pro*) del templo (*fanum*), es decir, cuando profana, puede ser jurídica y entonces es lo que conocemos como coacción.

Aquí parecen surgir algunas dificultades.

En primer lugar la tentación de los posibilistas, a los que ya descalifiqué por su oportunismo Leopoldo Alas, “Clarín”, en su mejor escrito jurídico, el prólogo a la traducción que hizo Adolfo Posada a “La lucha por el Derecho”. Suelen sugerir esos hermeneutas, la intoxicadora fórmula de las “terceras vías”, con el objeto de confundir lo inconfundible y amortizar así la conciencia de la realidad para favorecer la conservación de la confusión, creando zonas donde sólo es verdad, no ya lo socialmente útil, solución discutible pero portadora de cierta dignidad, sino lo que en cada caso conviene a quien construye un discurso. En nuestro tema se trataría de imaginar un paradigma distinto, donde sacralidad y profanidad se mezclasen para configurar un tercer modelo con personalidad propia. Pero la esencia de la sacralidad impide semejante operación. Solo cabe una autonomía relativa de la racionalidad jurídica, cuando se aplica al Derecho un paradigma sacral. Es decir, que esas “terceras vías” sólo tienen espacio posible en un plano muy modesto de la investigación jurídica, la descripción de las instituciones y su comportamiento. O por mejor decir, lo tuvieron, pues la aparición en 1971 de A

Theory of Justice de John Rawls (cuyo precedente hispano argentino, el asturiano Luis Méndez Calzada ésta por estudiar) ha hundido en el descrédito a los posibilismos (utilitarismo, intuicionismo...) estableciendo una combinatoria de categorías, "posición originaria", "juego de transacciones" y "maximum minimorum". Todo ello permite situar la supuesta solución de las terceras vías en el terreno de las prácticas, que es el suyo, no cayendo en el embaucamiento de llevarlas a los principios esenciales. Respecto de éstos últimos, siempre hay que vigilar, como una vez oí decir a Martín Heidegger, los discursos que "quieren tener un pie a cada lado del valle".

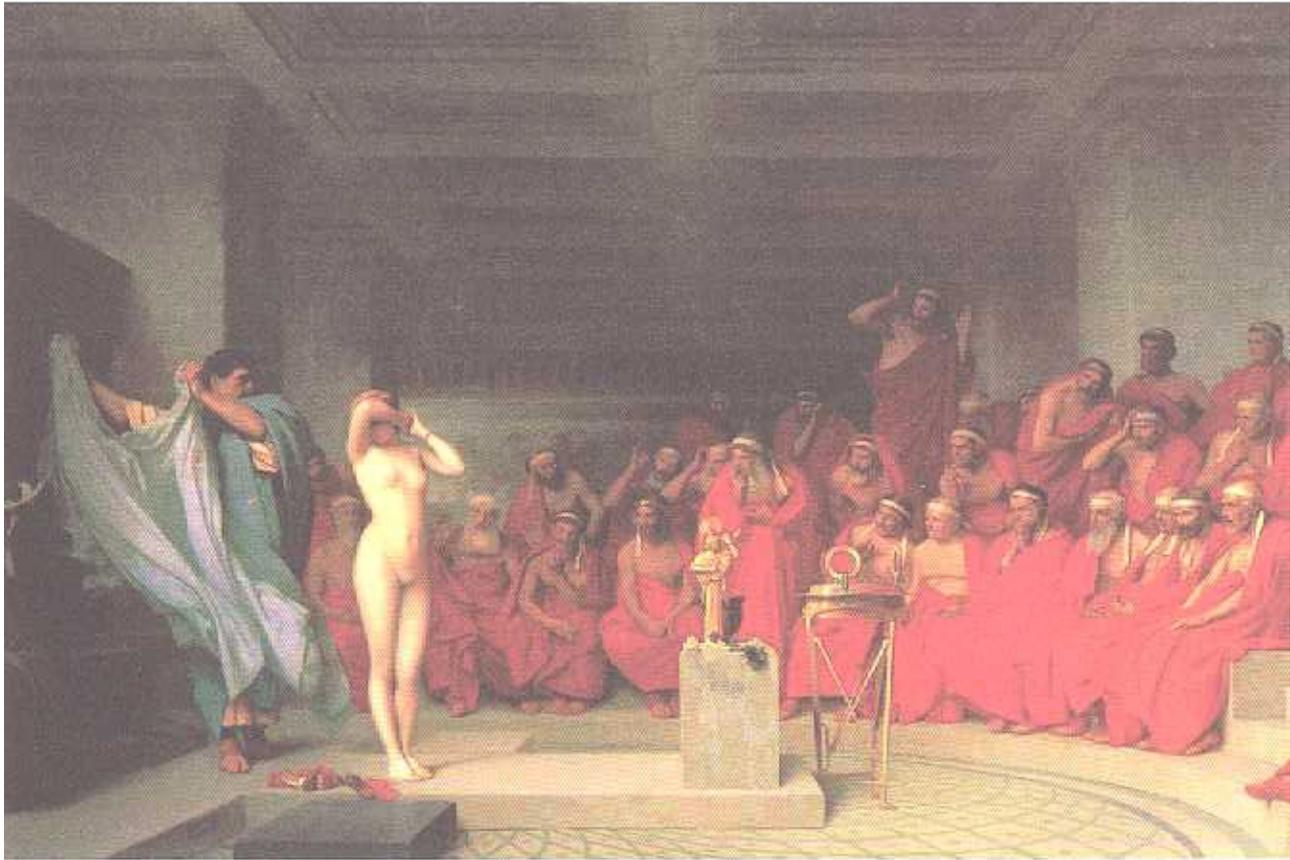
Una segunda dificultad es la suscitada por la vieja e insulsa observación, según la cual la coactividad se ofrece también en otras esferas distintas de la jurídica. Se plantea una fuerza coactiva que viene de lo "natural" o de los usos sociales. La primera un poco al modo de lo que sugería Cicerón, pero en realidad de un modo muy diferente, puesto que el romano se refería a la decisión que, humanamente hablando, aparece en sí como justa ante el hombre.

Si se considera la primera, la del Derecho natural y su supuesta fuerza de obligar, la verdad es que es preciso empezar por ser muy rigurosos con las ideas relativas a lo "natural". Se puede hablar, y de hecho se oye hablar de "moral natural", "religión natural", "Derecho natural", etc. Pero sólo se trata de construcciones mentales sin existencia alguna, como ya señaló Zubiri hace años. El Derecho sólo es natural, en la medida en que alguien considere "natural" que exista un Derecho, prolongando hacia lo absoluto lo que no es sino la convicción que sobre lo jurídico posee la persona humana. Pero esa convicción pertenece a ésta, no a la naturaleza humana.

Descátese pues esta fábula del Derecho natural que reside en el mundo de los inventos conceptuales de la modernidad y prescíndase con ella de su no menos imaginaria coactividad. Dicho eso, para entender la no coactividad de los usos sociales, es preciso extenderse un poco más.

Cuando no está guiado por una revelación que fatalmente le absorbe en la sacralidad, el hombre es un ser obligado a decidir en la inseguridad. Decidir, no elegir; decidir sin certeza de acierto (vida) y con riesgo de error (muerte), decidir angustiadamente. El planteamiento de J.P. Sartre nos aproxima a esta idea, pero sólo si sustituimos en su discurso "obligados a elegir", por "obligados a decidir". Desde luego creo que es algo profundamente alejado de la verdad la categórica afirmación de Alf Ross "en primer lugar, *toda* acción humana es acción en libertad".⁷

⁷ *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid (CEEPPCC), 1999, pág. 298.



Phryné devant l'Aeropage
Jean-Léon Gerome, 1861
Kunsthalle. Hamburgo

Esa angustia o *cortedad* de la certeza, conscientemente asumida, se manifiesta en parte como *angustiae iuris*, como análogamente se podría decir *angustiae orationes*, para el discurso pobre, según Cicerón, *angustiae rei frumentariae* como escribe Cesar para señalar la escasez de víveres, *angustiae itinerum*, también con Cicerón para la estrechez del camino, *angustiae fortunae* para la pobreza de la suerte, con Tácito, o *angustiae pectoris*, para la sordidez de corazón, con Cicerón de nuevo. En definitiva *angor*, vista como la posible quiebra del hilo conductor de la vida a causa de su adelgazamiento. Es pues miedo a la decapitación, o ruptura con un criterio que sea motor hacia el acierto. Existe un *mysterium doloris*, como ha señalado Pedro Laín Entralgo. El Derecho en cambio, no es misterio sino angustia.

Esa *angustiae iuris*, esa incerteza del Derecho, es una consecuencia más de la obligación de decidir angustiadamente que recae en el hombre. Pero es quizá la consecuencia más grave.

Esa gravedad le obliga a indagar pautas de previsión. Ahí aparece la coacción. La coacción, es ante todo *acto* y el acto *es*. No es cuando se *quiere* que sea, eso es *influencia*. No es cuando se *aconseja* que sea, eso es *sugerencia*. No es cuando sólo se la menciona, eso es *amenaza*. Solo es cuando en su *iurisfanía* ha tomado la configuración indeleble del acto. Sólo entonces *está-siendo-ahí-ahora*.

Las presiones sociales venidas de una ética, una moral, un grupo que se comporta con éstos o los otros usos, pueden o no llegar a *ser acto* y ese poder o no poder llegar a ser acto, es rasgo configurativo de la esencia de tales presiones. La presión jurídica no posee esa ambigüedad. Si es, es cuando es acto, no cuando es expectativa de ser o no ser según la voluntad del sujeto al ejecutar su obligación de decidir.

Así pues, la coacción sólo puede *ser* jurídica y es redundante unir las dos palabras *coacción* y *jurídica* en calidad de sustantivo y adjetivo.

Es además acto conjunto, *co-acto*. Lo hecho en pluralidad. Esa pluralidad se constituye desde un núcleo tripartito. Hace falta una bipolaridad de los sujetos implicados en relación jurídica, pues como quiere Carnelutti, sólo donde hay pluralidad de partes existe el Derecho y se requiere que esa bisagra acepte estar socialmente modulada por la acción de juzgar sobre ella (tercer elemento) y de hacerlo con carácter imperativo, modulación pues que incorpora simultáneamente a una dimensión activa que es la resolución imperante, y además a otra pasiva que es la aceptación de lo imperado.

De ese modo el juicio no es sólo razonamiento, sino razonamiento excluyente de cualquier otro, es decir *sentencia*, no arbitraje. La soberanía de ese razonamiento viene dada por la acción conjunta o coacción, que nace de la voluntad de imponer-aceptar lo decidido. La coacción descansa pues en una

decisión humana, *profana*, que procede del hombre mismo en cuanto ente distinto de lo sagrado. Es una determinación *profanada*, esto es, *colocada fuera del espacio sacral*.

La coacción nace en la inteligencia humana. Inteligencia sentiente (Zubiri), pero ante todo sentiente de la Historia pues se trata de “saber estar en la realidad” (de nuevo Zubiri). Y la realidad humana, cabe añadir, sólo es Historia y su conocimiento incrementa algo la siempre limitada libertad humana.

Al realizarse la coacción en cada uno de los puntos de esa Historia, nada más que la armonía de sus coagentes, activos y pasivos, garantiza su realidad. La igualdad de éstos supone que ninguno de ellos puede sin más ejercer poder legítimamente sobre los restantes. Es preciso para lograr ese poder *ajustar*, esto es, hacer conforme a *ius*, o hacer (*facere*) justo (*iustum*), justificar temporalmente el ejercicio de la coacción, del mismo modo que hablamos de *santificar*, hacer algo santo, introduciéndolo en la esfera de lo sacral. Cuando se habla de “justificar éticamente” el Derecho, como hace entre otros muchos autores Alf Ross, se pronuncia una expresión equivocada, usando el sentido coloquial de “justificar”, que equivale a “adecuar”, en una sede donde sólo es válida la significación técnica.

En efecto, el valor “lo justo” es aquella parte de “lo ético” que cada comunidad histórica decide proteger con su *coactum*. No sería justo, extender a todo lo ético ese *coactum* o coactividad. Mas para que algo sea justo, ha de ser ético. Por eso no hay Derecho injusto, simplemente es que no existe Derecho en la injusticia. Cuando se hace la operación de *justificar*, es decir de *hacer* que algo sea *justo*, sólo puede hacerse en el seno del círculo más amplio que es lo ético. Por tanto *justificar* es hacer coactivo lo ético, de modo que escribir “justificación ética del Derecho” es redundante, basta con “justificación ética”, que significa de suyo introducir algo de lo ético en el Derecho. En eso consiste la “creación de Derecho” puesto que la materia prima siempre ha de ser ética y luego se le aplicará la manufacturación (por así decirlo) que implica injertar la coactividad (*iustum facere*) en la porción ética seleccionada.

El sentido asfixiante de la realidad humana vuelve a hacer acto de presencia aquí, pues la decisión histórica acerca de que cosa sea o no ética en cada momento sigue estando inserta en los límites de la decisión obligatoria e insegura que envuelve en nubes de incertidumbre la razón humana.

Todas esas operaciones se han de ejecutar en una *situación* que como Zubiri señala es el posicionamiento del hombre en el tiempo según su experiencia. Y esa colocación es una colocación en la Historia. Por eso cuando la coacción se define, como lo hace la Real Academia Española, como:

*poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento
o prevalecer sobre su infracción*

resulta desplazada la historicidad por la estaticidad (en el sentido de rigidez en el tiempo, no de referencia al Estado) pese a ser aquella una nota esencial de la coacción.

La búsqueda de la *ratio* para ajustar o justificar la coacción, es imprescindible para que ésta *sea*. Su ausencia implica, como ya señalaron Bodenheim y Recaséns Siches, la anarquía (todo el poder para cada uno) o el despotismo (todo el poder para uno sólo). De ese modo, la necesidad de *justificar, se, a sí*, hace cambiar de formas históricas a la coacción, que se revela al ser percibida en la Historia de los Derechos, como *coacción autorreformatante*. Autorreformatante es decir, reformante de sí, para justificarse, hacerse justa.

Pero eso es una decisión humana, profana y ya he dicho que el hombre está encadenado a lo que he llamado decidir angustiadamente. El valor que busca, lo justo, sólo le es dado en tonalidades variables según la Historia. De modo que no le cabe otra cosa que asumir su papel de Sísifo transgeneracional, buscando en penumbras un valor que nada más se le muestra sino en formas reiteradamente mudables y desvanecientes. Desligado de lo sacral (la muerte de Dios con Nietzsche) desligado de una razón infalible (la muerte del hombre, con Foucault) sólo está religado a su propia Historia.

En esa historia, el *terror* y el *error* han sido las defensas alienantes para burlar lo absoluto de la injusticia en la regla que niegue el papel central de la coacción autorreformatante. El *terror* ha buscado la seguridad en la ruptura de la coacción. El *error* ha añadido la cobertura de esa quiebra.

Ya he dicho que la coagencia (*cum agere*) es la coacción misma (*coactum*). El *terror*, en cuanto acción que hace temblar algo sólido (ese es el sentido del *terreo* latino) supone la fractura de la coagencia, eliminando el *cum* para entregar el *agere* a algunos de los antes unidos en la acción común, en detrimento de otros a los que se somete a la orden (*sub dictio*, súbditos) de los favorecidos. La historia de oligarquías, estamentos sociales, privaciones de opinión, despotismos, etc. es tan larga, variada y patente que no se hace preciso sino recordarla ahora en su conjunto sin necesidad de escoger ejemplos.

Pero el *terror* necesita imperiosamente para no fracasar en su empeño, una vestimenta que disimule el miedo que infunde el terror desnudo. La vestidura del *terror* es el *error*. Son algo más que compañeros distintos, el *terror* necesita para ser eficaz una máscara humana y esa es el *error*, imprescindible como discurso de encubrimiento. Sus raíces técnicas han sido de tal enrevesamiento y a veces de tan sutil habilidad (hasta belleza, incluso) que

han conseguido por siglos ser vistas como lo contrario de lo que en realidad eran. Aquí sí deben recordarse ejemplos. Así, la doctrina pactista que, nacida para justificar el despotismo de las oligarquías medievales y modernas, ha conseguido convencer a muchos de que era un camino hacia las formas de gobierno que deseaba evitar. También las teologías amparadoras de la Inquisición. La teoría trifuncional (*oratores, bellatores, laboratores*) nacida en las penumbras de la prehistoria indoeuropea (Dumézil), mas nacida para dejar sin otro estatuto jurídico que el de “cuasi-cosa” a quienes con su fuerza de trabajo soportaban realmente la sociedad. Hubo veces en que el *error* defendió la recuperación de la sacralidad como guía del Derecho, siempre para vincular, o por mejor decir, sustituir a éste por el rasgo de lo tremendo que ya se ha visto como típico de lo sagrado, ente al que se hace encarnar en religiones o en patrias variables, según las circunstancias.

La coacción autorreformativa sólo puede darse en plenitud, no en esperpentos disimuladores, en el seno de una arquitectura jurídico-pública, cuya planta (para usar de un término de la arquitectura clásica) sean los intereses generales reales (no los *erróneos* o generados por el *error*) de la sociedad toda, es decir en un Estado. Otra de las formas del error, ahora contemporánea, es el discurso que propugna sustituir el Estado por el Mercado. Contrariamente a lo que afirman muchos economistas, las reglas del Mercado, no son justificables (en el sentido que antes he atribuido a esta palabra) por sí solas. No otorgan a la sociedad un *iustum facere*, si se prescinde del coactum libre del terror engendrado por la ruptura del hacer conjunto del *cum agere*. No puede haber Mercados sin Estados y respecto de cuales y cuantos de estos últimos en los tiempos históricos actuales, parece que cada vez mas se hace cierta la frase que Max Aub, puso en su “Manuscrito cuervo, Historia de Jacobo”.⁸

Sébase que frontera es algo muy importante, que no existe y que, sin embargo, los hombres defienden a pluma y pico como si fuese real. Estos seres se pasan la vida matándose los unos a los otros, o reuniéndose alrededor de una mesa, sin lograr entenderse, como es natural, para rectificar esas líneas inexistentes.

Discurso profético que marca varias cosas. Elijo sólo dos. Una, lo periclitado ya de las Historias del Derecho reducidas a fronteras nacionales y más aún a linderos de Comunidad autónoma intraestatal, como pide alguna novísima demanda.

⁸ Ed. De J. A. Pérez Bowie, Castellón (Fundación Max Aub-Universidad de Alcalá) 1999, pág. 104.

Otra, lo imprescindible de los Estados como receptáculos para la creación jurídica. Pero el progreso, tantas veces traicionado en su realidad por la infantil teoría del progreso, señala que es mejor su reducción cuantitativa, que la ampliación de su número, aunque nunca será ni posible, ni deseable, su plena eliminación. No deja de ser una vulgar falacia la apelación a un Estado “pequeño, pero fuerte”.

Sin embargo no sería adecuado reducir el Derecho a una voluntad de poder sustentada por el Estado. Esa voluntad es necesaria para su realización, pero como instrumento integrado en el proceso de creación de la norma. No sólo interviene ahí el juego formal de las instituciones previstas en cada Constitución, sino que se alimenta de situaciones históricas, en el sentido dado antes a la categoría de “situación.” Siempre la decisión de crear o reconocer formalmente la norma viene engendrada desde esa situación y su consecuencia es abrir el proceso legislativo, que a su vez condicionará a la aplicación judicial, a la voluntad del poder ejecutivo y a la voluntad total del Estado y la sociedad. Las experiencias socio-económicas, técnicas, teóricas, etc., forman aquí una correa sin fin en la que integra el proceso de creación y aplicación del Derecho. Pero esa conducción cerrada no puede ser sustituida ni simplificada por uno de sus puntos.

La Historia de los Derechos nos muestra como, impulsado por el deseo de escapar de esa situación, *angustiae iuris*, el hombre creó sacralidades donde el terror le aportaba una respuesta intocable a su obligación de decidir en la inseguridad. El error vino entonces a encubrir mediante discursos varios lo exorbitante del precio pagado por la supuesta seguridad.

A los paradigmas como el mosaico se añadirán nuevas sacralidades, como ocurre con la derivada del culto al Emperador romano. Terror fue, en efecto, la concepción del poder aplicada por Augusto (usando el sentido dado aquí a *terror*) especialmente cuando se la compara con Lucio Emilio Paulo y sus pautas para gobernar.

Desde el edicto de Tesalónica de 380, o ley *Cunctos populos* (*Codex iustinianeus*; 1,1,1) el cristianismo destruyó la razón jurídica y la pluralidad religiosa del panorama helenístico-romano cuya enucleación ciceroniana había anticipado el mito de Friné. A ese nuevo terror se añadió el *error* o discurso teórico que sustentaba esa ley, dando pie a que la opción religiosa, lo mas íntimo y privado de la personalidad, fuese vulnerada desde la decisión pública. Se había eclipsado así la iurisfanía o manifestación de aquella razón en la profanidad. Tampoco fueron sino nuevas formas de sacralidad (terror) los intentos fallidos del emperador Juliano, bajo los discursos (*error*) a cargo ahora de Celso, Porfirio y suyo.

Prolongada la situación en la Edad Media, con la creación de un pseudo Imperio que reconocía su vinculación a lo sagrado ya desde su mismo nombre, e impuesta una conversión a las nuevas sociedades, logrando al mismo tiempo rentas situadas en este mundo a cambio de donaciones perceptibles para cada alma, cuando ya estuviese transmigrada al otro.

Quedó abierto el camino a la modernidad del Derecho común, de alma canónica y forma romana, tan recibido en Europa. Bajo esta nueva configuración de sacralidad tecnificada, el dios que voló por los tiempos y las tierras no fue otro que Mercurio. Circulación de mercancías, expansiones coloniales, técnicas de negocios y acaparaciones de tierras y recursos, incluso humanos, con la doble llave de la propiedad y la jurisdicción fueron las cotas que cubrió la autonomía relativa permitida a las formas de lo jurídico en el interior del marco de esa sacralidad, en una difícil convivencia que describen tanto los tratados de teología moral, como los manuales de confesores y la extendidísima práctica de “renunciar”, es decir, hacer caso omiso de cualesquiera leyes, canónicas, romanas o regias, que se opusiesen o dificultasen el lucro que se perseguía al establecer alguna relación jurídica.

La explosión de la roca cristiana, agitada por tales tormentas era inevitable. La lucha de Lutero con Trento conoció expedientes complejísimo desde la traída de razones supuestamente jurídicas (pero que sólo lo eran en sus enredos técnicos) para asegurar la gobernación eficaz más absoluta, ya fuese en lo exterior, con las formas políticas, ya en lo cultural con las Universidades, ya en lo interior con la Inquisición. Con todo, el experimento de Nantes en 1598, con un *Edicto* que sobreviviría en la Historia de los Derechos, más que por asegurar la paz religiosa, por abrir al conocimiento consciente la realidad de una brecha entre los espacios público y privado de cada ser humano, sugirió en ese difícil contexto, la certeza de un posible paradigma profano para la razón jurídica.⁹ No en vano situó ahí Carl Schmitt el nudo creador definitivo del Estado moderno, tras balbucesos en siglos anteriores.

El imperativo categórico kantiano supuso la ejecución de la imprescindible profanación para establecer atmósfera y sede a tal razón jurídica. No se tardaría demasiado en volver a ver los pasos de nuevas y difíciles sacralizaciones, ahora las implícitas en Savigny, Hegel o Marx, deificadores de categorías como el espíritu del pueblo, la idea de libertad o la sociedad sin clases, como destinos alternativos de la Historia. Pero tras la maquinaria kelseniana, exacta y vacía, el siglo XX, que con justicia debe ser llamado “del horror juridificado” llegó a Auschwitz, a Hiroshima, a Nagasaki, a Pol Pot. Es decir a la “banalidad del mal”, como diagnosticó Hanna Arendt que, en

⁹ O. Christin; *La paix de religion*, París (Seuil), 1997.

mi opinión significa la administrativización soberana de lo perverso, por analogía con las “bannalités” de la Historia jurídica francesa. ¿Se puede creer en los Derechos existentes, después de esos abismos? Ese es el debate que la Historia ha legado a nuestro tiempo.

Las Historias del Derecho encierran en su seno la explicación de tan de-testable camino. Son las únicas vías posibles para construir la Historia de los Derechos. Pero hoy, a los cien años de Manuel Torres López, ante las monografías histórico-jurídicas elaboradas en ese plazo en España, se necesita aceptar que el *telos* por él reclamado brilla por su ausencia en una mayoría de investigaciones en el mejor de los casos eruditas y recortadas en sí mismas. Casi ninguna ha merecido ser tomada en cuenta por los pensadores que se plantean la génesis y sentido histórico de los problemas que hoy se ofrecen en torno a la concepción del Derecho. ¿No es tiempo de entender, parafraseando a H. Brunner que siempre yacerá como materia muerta, cualquier investigación histórico-jurídica que no apunte a situarse, más o menos modestamente en la Historia de los Derechos?

Sin embargo no hay que ilusionarse demasiado. Será difícil que ciertos guías actuales de investigadores nuevos recién ingresados en la Historia jurídica asuman el valor propedéutico del mito de Finé, es decir el juego de los paradigmas sacrales y racionales en la Historia de los Derechos. Por supuesto que la construcción de esa Historia, exige saber conceptualizar jurídicamente en el infinito campo que Ulpiano asignó a la “*prudentia iuris*”, el conocimiento de las cosas divinas y humanas (*Digesta*; 1,10,2) y para ello no basta, aunque se requiera, el peso de la técnica histórico-crítica, sino que hay que fundir Historia y Filosofía del Derecho, añadiendo miradas y no de soslayo, hacia la práctica jurídica. Es tarea más difícil que la habitual de sacar datos del archivo documental para trasladarlos al archivo bibliográfico. Pero aunque suscite las previsibles resistencias, nacidas sobre todo de las rutinas de los investigadores y del temor a las invasiones del campo que cultivan, hay que dejar dicho para los historiadores jurídicos esperables cómo, pese a múltiples perezas, entre las preocupaciones del oficio se encierra, ante todo el verbo *teletho*.