

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.
Miembro de la Comisión Oficial para la reforma del Código Civil.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Interpretación: Punto de partida de una reflexión teórica sobre el Derecho.
- III. La Interpretación como Ilusión.
- IV. La respuesta lusnaturalista.
- V. La Respuesta Positivista.
- VI. Semiosis Limitada.
- VII. El Derecho como creación permanente.
- VIII. Derecho y Conflicto.
- IX. Inexistencia del Derecho.
- X. Orden y Desorden.
- XI. Ética y Racionalidad Libertaria.
- XII. El Derecho como Arte.
- XIII. Conclusiones.

La naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur. Roland BARTHES¹

El autor debería morir después de haber escrito su obra, para allanarle el camino al texto. Umberto ECO²

I. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que me gustaría proponer hoy no pretenden ser de ninguna manera el punto de llegada de mi indagación personal sobre el derecho, el arribo a puerto seguro del pensamiento, sino más bien un plan de arriesgados viajes intelectuales futuros, un croquis del camino que me queda por emprender, un mero programa de trabajo que espero desarrollar en los años siguientes.

Debo adelantar que quisiera de esta forma, contribuir a una elucidación de la naturaleza del Derecho desde una perspectiva heterodoxa. Heterodoxa porque la ortodoxia en la Filosofía del Derecho lleva a un cierto maniqueísmo que identifica dos posiciones contrarias, exclusivas y excluyentes entre sí: el iusnaturalismo y el positivismo. Y a esta distinción radical se adhieren con entusiasmo tanto los iusnaturalistas como los positivistas, porque estas tendencias se definen por oposición una respecto de la otra. De esta manera, cada una de estas actitudes polares es considerada como el bien y la verdad por sus respectivos partidarios, mientras que la contraria es calificada de mal y de error. A mí me gustaría aproximarme al Derecho desde más allá del bien y del mal, como diría Nietzsche; desde más allá de las verdades y de los errores establecidos, desde más allá del iusnaturalismo y del positivismo.

II. LA INTERPRETACIÓN: PUNTO DE PARTIDA DE UNA REFLEXIÓN TEÓRICA SOBRE EL DERECHO

Esta heterodoxia me lleva a comenzar no por los valores (como lo haría un iusnaturalista) ni por el sistema formal de normas vigentes (como lo haría un positivista), sino por la interpretación. He señalado ya que me niego a asumir a priori cualquiera de las corrientes clásicas de la Filosofía del Derecho; pero quizá debería decir que rechazo en general comenzar el estudio del Derecho por la Filosofía. Si la perspectiva filosófica es una "re-flexión" -es decir, una indagación de segundo nivel sobre un objeto- debemos comenzar por el objeto: el punto de partida debe ser la experiencia misma del Derecho, el fenómeno jurídico en su complejidad.

Un principio epistemológico que parece obvio y que, sin embargo, muchas veces no se observa, es que hay que comenzar por el comienzo. Nietzsche lo dijo con una claridad inigualable: "La tarea: ¡ver las cosas como son!". Y Husserl planteaba el retorno a las cosas con valor programático. Por consiguiente, quiero realizar una primera flexión sobre el Derecho mismo tal como se presenta cotidianamente, esto es, en su aplicación efectiva, integrando valores y hechos, actuando en la sociedad, facultando, regulando, prohibiendo u obligando a realizar conductas reales.

El Derecho no es otra cosa que una forma de organizar la sociedad de los hombres; por tanto, hay que verlo primero en el seno de esa tarea. Desde tal perspectiva, la interpretación parece constituir un fenómeno medular porque es el acto a través del cual el Derecho se hace carne, toma la forma de comportamiento efectivo, autorizado o prohibido. Y no me refiero necesariamente a la interpretación profesional del juez o del abogado sino a la que es realizada por todo el que usa el Derecho, por todo el que cumple o incumple una norma, por todo el que se aprovecha de sus posibilidades, sea juez o no, sea abogado o no. La interpretación es así la inserción del Derecho en la vida, el paso de

1 BARTHES, Roland, *La mort de l'auteur*. En: *Le bruissement de la langue. Essais critiques IV*. Éditions du Seuil, Paris, 1984, p. 69.

2 ECO, Umberto, *Apostillas a «El Nombre de la Rosa»*, Editorial Lumen, Barcelona, 1985, p. 14.

un Derecho nominal a un verdadero Derecho actuante dentro de la sociedad, el camino por el que una afirmación prospectiva -la ley- se convierte en una conducta efectiva. Colocarnos en la interpretación significa, entonces, situarnos en un eje, en una bisagra, en un puente que une lo ideal y lo real.

Toda norma tiene que ser interpretada, porque toda norma tiene que ser aplicada dentro de un contexto, tiene que ser corporizada con las circunstancias. Y no se hable de normas claras, de normas que no necesitan interpretación. Hay quienes creen que existen normas que traslucen la intención del legislador de manera prístina, clara, indubitable, sin opacidades ni obscuridades. Para quienes piensan así, la interpretación sería un recurso excepcional que se requiere -como un mal necesario- solo en determinados casos, debido a un defecto de la ley: si la norma hubiera sido concebida y redactada con la claridad deseable, no habría nada que interpretar. Sin embargo, la claridad puede no ser una facilidad sino un obstáculo del conocimiento: lo claro es solo una primera impresión que nos detiene, que nos frena cuando deberíamos avanzar en el conocimiento, porque nos hace creer que todo está ahí bajo nuestros ojos y que ya no queda nada por descubrir o por inventar. Pero si penetráramos más en esa aparente claridad, veríamos que nada es sencillo, nada es simple, nada se encuentra perfectamente ordenado, sino que cada norma -como, en el fondo, cada parte de la realidad- se abre al infinito y nos ofrece un sinnúmero de mundos de significación que se multiplican, se juntan nuevamente, se desorganizan y se reorganizan. Como decía Gaston Bachelard, "lo que cree saberse claramente, ofusca lo que debiera saberse", porque la claridad no es un conocimiento perfecto (lo que no existe) sino un obstáculo epistemológico.³

Ahora bien, tradicionalmente se ha considerado que interpretar no es otra cosa que entender lo que el Derecho establece para una situación

concreta y determinada o para un conjunto de situaciones posibles, es decir, hacer explícito lo que estaba implícito en el texto legal.

Sin embargo, tan pronto nos acercamos a la interpretación -cuando menos así entendida- ésta se nos escapa, desaparece como un fantasma. El llamado "intérprete" supone que, previamente a su interpretación, existe un Derecho ya hecho, una verdad jurídica que expresa un ideal colectivo y que tiene que ser simplemente puesta de manifiesto. Dentro de nuestro mundo moderno, la expresión fundamental de esa conciencia jurídica nacional es la ley. Pero no podemos cegarnos a una realidad inobjetable: el Derecho -es decir, lo que la sociedad quiere que los hombres hagan o no hagan- es bastante más que la ley; paralelamente a ella, la sociedad se expresa a través de principios, valores, convicciones de distinto orden, que no tienen una formulación precisa y que no están contenidos en las normas. Y la ley misma admite múltiples significados y muy diversas utilidades.

Y eso lo sabe muy bien el auténtico positivismo, lo sabe muy bien Kelsen. Es solamente un positivismo "pop" el que nos ha querido hacer creer que la ley tenía una y solo una interpretación posible; y que de ello dependía la seguridad jurídica. Sin embargo, este planteamiento ingenuo se destruye con un simple experimento de introspección que muchas veces planteo a mis alumnos y que cualquiera puede repetir por su cuenta, haciéndose las siguientes preguntas: ¿el Derecho sería el mismo en la hipótesis de que, sin cambiar norma alguna, se substituyera simplemente a todos los jueces y abogados del país por juristas egresados de la Universidad de Moscú durante el período marxista de Rusia? Muchas veces a mis clientes les he preguntado si en ese caso tendrían la misma confianza para invertir en el país. La respuesta que recibo de alumnos y clientes es generalmente la misma: el Derecho sería distinto porque sería aplicado de otra manera, con otra mentalidad.

3 BACHELARD, Gaston, *La formación del espíritu científico. Contribuciones a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1978, p. 16 et passim.

Esto significa que la interpretación no es una mera aplicación mecánica de la ley, en la que nada se agrega; y significa también que el Derecho es más que la ley, significa que una cierta atmósfera social puede ser tan importante como la ley misma en materia de conductas sociales efectivas.

III. LA INTERPRETACIÓN COMO ILUSIÓN

Desde mi punto de vista, la interpretación es una ilusión. Es una ilusión porque supone una verdad a descubrir, una verdad previamente establecida que está ahí, frente al intérprete e independientemente de él. Pero esa verdad no existe en el Derecho.

Si observamos de cerca -y con honestidad- la interpretación tal como la practican los juristas, comprobamos que no se trata de un puro esfuerzo intelectual que extrae una conclusión válida -la única válida- de una norma, sino de una confrontación vital de perspectivas e intereses que intentan imponerse unos a otros dentro de las fronteras lingüísticas de las normas: la interpretación es más una tarea de construcción que de intelección, es más el resultado de un conflicto de poderes que una deducción racional.

Cuando dirigimos nuestra atención hacia esa aplicación interpretada del Derecho -cualquiera que sea su nivel- nos encontramos con hombres antes que con ideas, con hombres cargados de intereses, con hombres cargados de intenciones particulares, con hombres cargados de deseos individuales; y cada uno de esos hombres intenta colocar sus intereses, sus intenciones, sus deseos, bajo el amparo de una de las tantas perspectivas que pueden ubicarse dentro del marco del texto legal. Estas diferentes perspectivas a veces corren paralelas sin agredirse mutuamente. Pero otras veces, se encuentran y se superponen dando lugar a enfrentamientos, a pretensiones de exclusividad que tienen que ser concordadas, negociadas o

reguladas; y estas transacciones o estas normas que concilian los intereses son inmediatamente cuestionadas a su vez por las nuevas perspectivas e intereses que surgen incesantemente de la vida. Los acuerdos son siempre transitorios, las interpretaciones son siempre efímeras, pues la vida sigue produciendo nuevos puntos de vista que replantean todo, que crean fisuras y divergencias. La actividad interpretativa no presenta, entonces, un mero discurso teórico, perfectamente coherente y ordenado, sino un desorden de intereses caóticos haciéndose temporalmente orden para volver a deshacerse en desorden; y así sucesivamente.

La verdad supone la existencia de algo objetivo, ya dado, con lo cual comparamos nuestra idea y la encontramos conforme. Los antiguos decían que la verdad es **adequatio intellecti ad rei**; y ello implica que hay una cosa en sí con la cual podemos comparar nuestra idea y de esta manera confirmar la verdad de ella. La verdad supone, entonces, encontrar un tesoro escondido, un mensaje más allá del texto que espera a ser descubierto, que espera ser decodificado mediante la interpretación.

Pero, ¿cuál puede ser esa cosa en sí que está más allá del texto legal y que puede ser tomado como criterio de verdad?

IV. LA RESPUESTA IUSNATURALISTA

Los romanos, con su indudable genio jurídico, comprendieron que la interpretación no podía consistir meramente en la intelección de una verdad escondida, sino que exigía inevitablemente una construcción, una invención de verdades. Por eso Pomponio afirma que la interpretación no es otra cosa que usar de la prudencia⁴, es decir, usar la razón que crea y no la razón que se limita a comprender; y es esta opción por una prudencia creativa que proporciona esa riqueza extraordinaria al Derecho romano, impidiendo que se petrifique.⁵ Es solo con Justiniano y su

4 *In sola prudentium interpretatione consistit*. Digestus, 1,2,2.

5 ORESTANO, Ricardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1987, p. 57.

aversión contra la función creativa de jueces y juristas, que se impone una interpretación meramente esclarecedora, la cual privilegia de manera decisiva la voz del legislador frente a la voz de los intérpretes.

Los juristas del Medioevo intentaron escaparse de las ataduras incipientemente positivistas de Justiniano, interpretando extensivamente la noción misma de interpretación.⁶ Más tarde, la interpretación medieval se convirtió en un instrumento de lucha de la Iglesia y de lo que ahora llamaríamos la sociedad civil, contra el poder de los Príncipes. Frente al valor positivo de la ley basado en la pura autoridad, la Iglesia opone el valor moral: las normas no valen simplemente porque son mandatos, sino porque son buenas moralmente. Y, ¿cuál será el criterio moral oponible incluso a un Príncipe? La voluntad de Dios expresada sea a través de su Palabra, sea a través de la naturaleza por Él creada. Ninguna otra instancia si no era Dios mismo podía restarle autoridad al Príncipe.

De ahí surgirán dos corrientes iusnaturalistas. Para unos, herederos de San Agustín, el Derecho Natural está constituido fundamentalmente por la Revelación; para otros, herederos de Santo Tomás, el Derecho Natural es un producto de la razón. Los primeros colocan la verdad directamente en la Palabra de Dios; los segundos toman por verdad ciertas orientaciones puestas en la naturaleza por Dios como guía de nuestros actos. Para los primeros, la interpretación deberá proceder a una exégesis estricta del Dogma cristiano. Para los segundos, la interpretación consistirá en buscar la justicia según la naturaleza; teniendo en cuenta, como señala Calasso, que en el pensamiento medieval hay una ecuación que equipara la naturaleza a Dios.⁷

Como se puede ver, de una manera o de otra, la tarea del intérprete era la misma: encontrar una verdad elusiva, oculta en el texto religioso o en la naturaleza misma. Y, una vez establecida tal

verdad garantizada por Dios, la interpretación tenía un carácter indiscutible.

Sin embargo, el Derecho no pertenece al campo de la religión donde el cristiano puede encontrar verdades incontrovertibles gracias a la Revelación, donde el Dogma campea y donde detrás de cada verdad está la autoridad incuestionable de Dios. El Derecho pertenece, más bien, a ese campo movido de las relaciones humanas, donde prima la materia controvertible, donde las cosas pueden ser y no ser, donde no podemos alcanzar una verdad plena sino básicamente perspectivas de las cosas y donde todo está en permanente transformación de acuerdo a las circunstancias.

El jurista no puede, entonces, resolver sus problemas con la Revelación. Y, de otro lado, la interpretación de un Derecho presente en la naturaleza ofrece problemas insuperables, porque las indagaciones sobre lo natural pueden llevar a múltiples y contradictorias conclusiones y porque el hombre moderno no cree que la naturaleza lo gobierna. Para el hombre moderno, la naturaleza no es un modelo; no es tampoco un bosque en el que Dios nos atisba detrás de cada árbol, no es un libro divino, estático e inalterable, que nos da lecciones universales desde el principio de los tiempos. La naturaleza hoy es entendida como la contraparte del hombre en una relación dinámica, en la que hombre y naturaleza se transforman mutuamente. El hombre se separa de la naturaleza, asume su papel creador y la humaniza, la hace suya, convirtiéndola en algo distinto, nuevo. Es verdad que a su vez la naturaleza exige sus respetos, establece sus condiciones de colaboración; pero no lo hace en términos religiosos ni morales sino en términos sistémicos, ecológicos.

V. LA RESPUESTA POSITIVISTA

Por su parte, el positivismo jurídico precisamente plantea que el iusnaturalismo ha fracasado

6. *Ibid.*, p. 63.

7. *Natura, id est Deus*. Véase, CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Editore, Milán, 1970, p. 169.

en su intento de encontrar una verdad del Derecho en la naturaleza, porque se ha engañado con un espejismo. El conocimiento humano es siempre relativo, incompleto y circunstanciado; por tanto, no puede aspirar a una verdad eterna y absoluta. Las acciones humanas se desarrollan dentro de esa atmósfera de incertidumbre y, por tanto, no pueden ser reguladas con verdades eternas ni absolutas.

Ahora bien, si ni la Revelación ni la naturaleza nos pueden proporcionar esa cosa en sí, esa verdad que el intérprete debe aspirar a descubrir detrás de las normas, ¿es que el positivismo nos ofrece algún otro tipo de criterio escondido al cual debe apuntar una interpretación meramente comprobativa?

Según el positivismo, el hombre tiene una aspiración a la seguridad; pero ésta no se puede lograr en el campo del Derecho descubriendo ilusorios dogmas universales: lo que hay que hacer es inventar dogmas concretos para cada momento a través de la legislación. Así el positivismo niega el carácter dogmático del Derecho sino que simplemente lo vuelve laico. Si el Derecho positivo es la expresión de la voluntad del legislador, entonces la verdad no puede buscarse en la adecuación con un hipotético Derecho Natural sino en la correcta intelección de esa voluntad humana.

El positivismo, sobre todo bajo su forma más *naïf*, nos propone que el elemento objetivo en las normas legales, el criterio de verdad que el intérprete debe encontrar y explicar, está constituido por la intención del legislador. Esto implica que esa intención, cualquiera que sea su valor moral, es verdad incuestionable para el intérprete -es dogma- por el solo hecho de que el legislador se propuso positivizarla a través de una norma. En otras palabras, la verdad interpretativa según esta versión positivista, ya no resulta de una *adequatio intellecti ad rem* sino de una *adequatio intellecti ad legislatorem mentem*.

Pero la intención del legislador -entendida como una voluntad definida, única y estrictamente razonada- es una fantasía.

No siendo Dios, el legislador no es omnisciente ni tiene un razonamiento puro y perfecto. Por consiguiente, hay muchas cosas que no sabe, muchas cosas en las que no ha pensado, hay sus propios intereses que cargan su mente y contaminan el razonamiento; y de esta manera la ley que resulta de ese razonamiento no tiene una coherencia absoluta, sin contradicción alguna, no es la expresión de una idea única y perfectamente consistente, sino un mosaico formado por piezas diferentes y que incluso tiene vacíos.

La situación es aun más grave dentro de una democracia donde existe un cuerpo legislativo colegiado; porque ahí el legislador no es sino una ficción: nadie se puede atribuir la autoría plena del texto legal porque éste es siempre un crisol en el que se han fundido principios, intereses y lógicas diferentes. En unos casos es el Congreso, que reúne a numerosos congresistas, cada uno con sus propias perspectivas, cada uno pasible de todos los problemas de razonamiento que acabamos de mencionar. Estos razonamientos imperfectos y comprometidos tienen que ser concordados a través de transacciones que alteran aún más profundamente la coherencia y la unidad de pensamiento del proyecto de ley resultante. Y, llegado el momento de la votación, pueden aprobarse unos artículos dentro de un sentido y con ciertas finalidades y otros que, tratando de no parecer incompatibles, pretenden hacer primar otros principios u otros intereses. Puede incluso ser necesario que la ley sea aprobada por dos Cámaras lo que multiplica la dificultad de encontrar una intención única de un legislador que se multiplica cada vez más: en cada Cámara por separado se produce esa misma organización precaria del caos intelectual y luego ambas organizaciones tienen que ser compatibilizadas a través de nuevas transacciones y parches.

De ello se desprende que el texto legal es, finalmente, una amalgama que trata de homogeneizar intenciones discrepantes, las que inevitablemente dejan sus huellas diferenciadas. Muchas veces, ese texto permite todavía atisbar sus diferentes elementos componentes que no han logrado integrarse en un nuevo

sistema coherente. Eso sucede cuando la homogeneización se logra mediante una transacción en la que se admite que una parte de la ley contenga ciertas disposiciones que se derivan de una determinada intención a cambio de que otra parte contenga otras disposiciones que se derivan de una intención distinta. La transacción puede consistir también en atenuar las consecuencias de una determinada intencionalidad a fin de obtener los votos de quienes no hubieran estado de acuerdo con una posición extrema; pero esa atenuación es, entonces, el reflejo de dos intenciones distintas. En una palabra, desde el momento en que varias personas intervienen en la dación de una ley, no se puede hablar de una intención del legislador en singular.

Pero aun en los casos en que se consigue que la ley presente un pensamiento relativamente coherente, este no es el de ninguno de los legisladores en particular sino el resultado de la interacción de esos legisladores particulares; por tanto, esa coherencia se agota en el interior del texto y no puede ser referida a una coherencia anterior o subyacente al texto, que no existe. En esta forma, el texto legal no es el mero vehículo de un pensamiento que se encuentra detrás de él sino que es el pensamiento mismo creado para la ocasión en forma de texto. Ello implica que en un texto legal no hay una intención de legislador que se encuentra detrás y que habría que buscar a través de la interpretación: el texto no tiene referencia a nada anterior porque es en sí mismo una creación, algo nuevo que no puede ser considerado un simple medio de expresión de una idea anterior. El texto es la idea misma.

Por otra parte, el legislador no puede prever todas las aplicaciones posibles de la ley. De manera que aun cuando fuera una sola persona, perfectamente lúcida y coherente en sus intenciones, es probable que carecería de intención respecto de muchas cosas en las cuales la ley tendrá posteriormente que intervenir. En esta situación, la intención del legislador solo puede ser encontrada de manera presunta, a través de un método analógico que incorpora mucho de fantasía y de subjetividad.

Por consiguiente, la intención del legislador es solo un mito, que cumple una función de legitimación; y el intencionalismo -esto es, la interpretación según la intención del legislador- es una falacia: con la argucia de ampararse en la intención del legislador, es posible pasar las propias intenciones como si fueran hechos objetivos y ajenos. En el fondo, esa intención del legislador histórico no existe previamente sino que es el resultado de una construcción del intérprete.

Podríamos todavía preguntarnos, ¿y si el propio legislador expresara más tarde la intención que tuvo al redactar ese texto? ¿Si quienes participaron en la formación de la ley se explicaran posteriormente? ¿Acaso ello no solucionaría el problema y estaríamos ante una intención clara?

Recordemos que el legislador no es uno solo y que, por consiguiente, cada uno de los que tomaron parte en la formación de la ley no puede expresar sino su punto de vista que no es necesariamente compartido por todos los que aprobaron la ley. Pero aun si estuviéramos ante un legislador único, ¿tendría fuerza obligatoria la exposición de sus intenciones? Ciertamente no. ¿Tiene el autor empírico -entiéndase, el legislador- alguna prioridad o privilegio para interpretar su texto? Ninguno. Aquellas de sus intenciones que no se encuentran incorporadas en la ley, no son ley; y, por tanto, no son obligatorias. Aquellos sentidos o aquellas exclusiones de sentido que ese legislador no introdujo en la ley misma, son irrelevantes cuando esa ley ha entrado en vigencia. Puede argüir: "A mi me hubiera gustado decir más claramente que esta ley no puede interpretarse en el sentido A y en el sentido B, sino que mi intención fue darle fuerza legal solo al sentido A"; o también: "Lo que yo he querido decir es tal cosa". Nada de ello tendría fuerza obligatoria: mientras el texto en sí mismo lo permita, quienes usen y apliquen posteriormente esa ley podrán intentar darle el sentido B si parece más conveniente a una cierta situación. Es más; en muchos de los casos, el legislador ni siquiera habrá pensado en la posibilidad de dos sentidos; es probable que, no siendo omnisciente, no haya siquiera previsto que algún día la ley

tendría que ser aplicada a una situación de ese tipo y, por tanto, originalmente no tenía la intención A ni la B porque no se le había ocurrido plantear esto como problema. En estas circunstancias, un legislador que alegara un privilegio en la interpretación se asemejaría a un padre que pretende arrogarse el derecho de aclarar lo que su hijo ha dicho: en uno y otro caso, la ley como el hijo tienen su propia lógica interna; y el hecho de que el legislador haya creado la ley no le da más derecho sobre ella que el que tiene el padre que ha procreado al hijo.

En consecuencia, las opiniones de los legisladores que no constituyen parte del texto legal solo pueden ser consideradas como posibles lecturas, al igual que otras lecturas alternativas que pudieran proponer quienes no fueron legisladores. Todo lo que tenemos delante de nosotros con fuerza obligatoria es un texto. No hay una intención obligatoria del legislador, sino solo un texto obligatorio. De ahí que la misión del jurista no sea encontrar esa intención recóndita del legislador histórico sino la forma más adecuada de la aplicación de ese texto en la realidad de hoy. Como dice Batiffol, la indagación del jurista no persigue encontrar una verdad histórica sino una regla que le permita dar una solución justa, efectiva, socialmente aceptable a un problema que tiene por delante.⁸

Notemos que este planteamiento hace igualmente inaceptable el carácter retroactivo de la llamada interpretación "auténtica", es decir, aquella que se produce cuando el cuerpo legislativo que ha dado una ley decide aclarar su sentido con otra ley posterior. Si la primera ley había dejado una ambigüedad que permitía que los obligados a cumplir se comportaran como A o como B, la ley posterior no puede decir que la conducta A es la verdadera y que todos los que se comportaron como B deben ser sancionados, porque ello sería aplicar retroactivamente la segunda ley, lo que afectaría

muy gravemente la seguridad jurídica: el texto de la primera ley permitía tal conducta al no haberla prohibido; y, en consecuencia, los actos que se realizaron durante su vigencia son legales, sin perjuicio de que puedan ser prohibidos posteriormente -hacia el futuro- por esa ley llamada interpretativa.

El intérprete se encuentra, entonces, solo con una expresión escrita de la ley, que es lo único que le resulta obligatorio. Pero, si nos limitamos al texto, no cabe duda de que todo texto tiene infinitas lecturas y ninguna puede ser preferida a las otras por el valor del solo texto.

Los positivistas más inteligentes y honestos lo han comprendido perfectamente, admitiendo que la aplicación del Derecho no es una suerte de silogismo donde, a la manera matemática, fuera posible extraer de cada norma la prescripción aplicable al caso que ya estaba previamente contenida en la norma misma.

H.L.A. Hart dice con claridad absoluta que "Si el mundo en que vivimos se caracterizara solo por un número finito de rasgos, y si todos estos con todos los modos en que pueden ser combinados fueran conocidos por nosotros, entonces se podría establecer de antemano normas para cubrir toda posibilidad. Podríamos crear reglas cuya aplicación al caso particular nunca exigiera una opción posterior. [...] Pero definitivamente, ese mundo no es nuestro mundo. Los legisladores humanos no tienen ese tipo de conocimiento sobre todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede traer. Y esta inhabilidad para anticipar origina una relativa indeterminación de propósitos".⁹ Por consiguiente, es inevitable que quien aplica la norma tenga que crear nuevos sentidos de ella y ejercitar opciones no previstas por el legislador.¹⁰

Por su parte, Kelsen no se cansa de advertir que toda norma, considerada solo por sí misma,

8. BATIFFOL, Henri, *Questions de l'interprétation juridique*, Archives de Philosophie du Droit, T. XVII, Paris, 1972, p. 17.

9. HART, H.L.A., *The Concept of Law*. En: Clarendon Press, Oxford, Inglaterra, 1961.

10. *Ibid.*, p. 126.

ofrece varias posibilidades de interpretación, sin que ninguna de ellas pueda ser tenida como verdadera. Desde el punto de vista exclusivamente científico, dice, no hay método alguno que nos permita llegar a una y solo una interpretación posible de la ley positiva. Por consiguiente, el llamado intérprete es siempre un creador porque tiene necesariamente que introducir elementos nuevos que no estaban contenidos en la ley para poder aplicarla al caso concreto; elementos que se derivan de sus propias opciones y valoraciones.¹¹ Por eso, la operación que llamamos interpretación no es un mero acto de conocimiento, subraya Kelsen, sino también un acto de voluntad creadora.¹²

De esta manera, el positivismo jurídico, aun cuando quisiera muchas veces fundarse en una normatividad maciza, no ha podido negar la necesidad disolvente de la interpretación como verdadera tarea creativa de derecho.

VI. SEMIOSIS LIMITADA

Llegamos así a la conclusión de que el intérprete no tiene una verdad que descubrir detrás del texto; tiene un texto que puede decir muchas cosas.

Desde esta perspectiva, el intérprete no es un ser pasivo, sometido a la hipotética voluntad de un hipotético legislador, como si fuera su simple portavoz; el intérprete es, en realidad, un co-inventor del Derecho, tiene la libertad de agregarle a la norma nuevos sentidos ajenos a la intención del legislador. De hecho, la norma es, como diría Barthes¹³, un espacio multidimensional que puede albergar muchos sentidos; y el sentido que asuma la norma en cada caso específico no es un espíritu enteramente insuflado por el legislador en el texto, no es un mensaje codificado por descifrar, sino el resultado de la actividad creativa del -mal llamado- intérprete sobre el texto de la ley.

¿Quiere decir esto que la interpretación no tiene límites ni barreras y que podemos hacer decir a la ley cualquier cosa? Obviamente, no. Los textos pueden ser muy abiertos, pero su forma misma impone una semiósis limitada a los marcos textuales.

Kelsen, al plantear que la ley puede conducir a múltiples interpretaciones, señala, sin embargo, que el análisis racional, científico, de la ley, contribuye a reducir el campo de las interpretaciones, a establecer los marcos dentro de los cuales pueden caber las interpretaciones válidas. Según Kelsen, la ciencia del Derecho no es capaz de seguir el proceso hasta encontrar una sola interpretación válida; pero en todo caso, en el camino descarta muchas interpretaciones como inválidas.

Esto significa que no hay una libertad creativa irrestricta y que, por consiguiente, no todas las interpretaciones serán correctas, aunque no exista solamente una correcta: aun siendo varias o muchas las interpretaciones válidas, habrá ciertas interpretaciones que manifiestamente no lo son porque se oponen frontalmente al texto mismo de la ley o porque no pueden ser extraídas de ella por ningún procedimiento racionalmente aceptable. Si la ley dice que la bandera nacional debe ser blanca y roja, no la podemos hacer azul y verde; y si, escudriñando la intención del legislador (suponiendo que exista uno y solo uno), encontramos alguna referencia a que había pensado que la bandera fuera roja y blanca los días de fiesta y azul y amarilla los días de semana, ello no alteraría nuestro uso de la bandera roja y blanca durante todos los días de la semana, porque esa intención no se encuentra recogida en el texto. En consecuencia, lo que prima es el texto, aun contra la intención del legislador; pero la fuerza obligatoria de ese texto no puede ser desconocida, porque sería interpretar *contra legem*, lo

11 KELSEN, Hans, *Théorie Pure du Droit*, Trad. française de la 2e. édition de la « Reine Rechtslehre », par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, pp. 456-459.

12 *Ibid.*, pp. 459-462.

13 BARTHES, Roland, *La mort de l'auteur (1968)*. En: *Le bruissement de la langue. Essai critiques IV*, Éditions du Seuil, Paris, 1984, p. 67.

que no es admisible lógicamente ya que ello quitaría todo sentido a la ley y la convertiría simplemente en una propuesta.

En ese sentido, parece útil para el jurista la reflexión que hace Umberto Eco en materia de interpretación de textos literarios¹⁴: distingue entre una *intentio auctoris*, una *intentio operis* y una *intentio lectoris*. A la primera no le da importancia: todo lo que cuenta de la intención del autor es aquella parte que ha logrado impregnar la obra misma y que constituye por tanto la *intentio operis*. Ahora bien, esa *intentio operis* -y solo ella- constituye una limitación de esa otra intención dinámica, conquistadora, que es la *intentio lectoris*. En otras palabras, el lenguaje no es absolutamente transparente y neutro o si se quiere plenamente plástico, maleable, manipulable en forma absoluta por la intención del lector; porque en tal caso no diría nada. Por consiguiente, el texto mismo, más allá de la intención de su autor-legislador, lleva una carga de intención intrínseca, textual, que no puede ser desconocida. Pasar por encima del texto sería una sobreinterpretación inaceptable; pero esto no significa tampoco reconocer una interpretación canónica basada en la intención del autor. Como agrega Eco con su extraordinario sentido del humor: si Jack el Destripador nos dice que cometió sus crímenes inspirado en una interpretación del Evangelio según San Lucas, es probable que aun quienes apoyan las líneas más creativas de la interpretación pensarían que el tal Jack había leído a San Lucas en forma descabellada.¹⁵

Esto significa que entre la intención del autor y la intención del lector, existe la intención del texto. Esta *intentio operis* no puede ser reducida a una intención pre-textual del autor; pero aun así genera una cierta restricción a la intención del lector, basada exclusivamente en el texto mismo. Dicho de manera más irreverente, tenemos que respetar el texto, no al autor del texto; lo que equivale en Derecho a decir subversivamente: tenemos que respetar la ley, no al legislador.

VII. EL DERECHO COMO CREACIÓN PERMANENTE

Quiero plantear, pues, que la verdad no existe en el Derecho. Y entiendo aquí por verdad la adecuación de lo que pensamos jurídicamente con un mundo previo y superior, ya sea que éste se encuentre en la mente del legislador o en la estructura de la naturaleza o en ideas presuntamente innatas en la mente humana. No existe verdad en el Derecho porque no hay ningún mundo previo: el Derecho no es algo que esté ahí y que hay que descubrir sino, en todo caso, es algo que hay que inventar dentro de los límites impuestos por el texto de la ley.

Por consiguiente, el Derecho está siempre en proceso de hacerse a través de la llamada interpretación que es, en gran medida, un acto de creación. De ahí que esa interpretación que pretende saber simplemente cómo está hecho el Derecho, qué es lo que manda el Derecho, se equivoca; porque el Derecho nunca está totalmente hecho.

Nada en el Derecho tiene ese carácter inmóvil, que es indispensable para servir de criterio de comparación: la mente del legislador misma -aun si se pudiera identificarla- sería una materia inerte, muerta, algo que "está-ahí". Pero lo que cuenta en el Derecho es la vida jurídica y no la muerte, lo que cuenta es el martillo y el cincel del escultor golpeando el mármol y no la estatua debidamente etiquetada y catalogada que se encuentra en el museo. El Derecho no es algo fabricado en el pasado sino algo haciéndose día a día, es la efervescencia de la creación cotidiana que reutiliza desde diversas perspectivas esas cristalizaciones frágiles que pueden ser las leyes o las teorías jurídicas: no es en ellas que está el Derecho listo para ser descubierto; ellas no son sino simplemente materiales de construcción que tenemos que utilizar en la creación de un Derecho en perpetua renovación.

14. ECO, Umberto, *Interpretation and overinterpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, Inglaterra, 1992, *passim*.

15. *Ibid.*, p. 24.

En realidad, la interpretación que se tiene por más verdadera es aquella que parece insoslayable, aquella que adquiere un aire irrefutable, que ofrece más resistencia a ser discutida, que tiene más fuerza de persuasión.

¿Y de dónde le viene tal fuerza? No del texto, ciertamente, sino de elementos ajenos al mismo: la fuerza surge de la combinación de las circunstancias que rodean a ese texto con las circunstancias que rodean a quien tiene necesidad de interpretarlo. Por consiguiente, la fuerza de la interpretación correcta no está en la letra muerta de la ley sino en el espíritu del intérprete que la vivifica. Cuando interpretamos, siempre queremos saber qué significa esto para nosotros. Y nosotros no somos espíritus puros, meros espectadores, sino actores dentro de un conflicto de voluntades. Por consiguiente, la interpretación contiene siempre, en mayor o menor grado, parte de nosotros: al interpretar, hemos usurpado al legislador una parte de su patrimonio; y esperamos convencer -al juez, a la autoridad administrativa, a la contraparte, la comunidad de estudiosos del Derecho o a la opinión pública- que ese planteamiento que hacemos es el más adecuado para ese momento dentro del marco de una determinada ley. De ahí que en Derecho el razonamiento no es nunca cerrado y concluyente, como en las matemáticas, sino retórico, argumentativo, orientado a construir una solución, a persuadir a la otra parte, a buscar la adhesión del interlocutor a nuestros planteamientos antes que a demostrar una verdad que existiría por sí sola.

La búsqueda forzada de la verdad jurídica no es sino una forma de evadir el riesgo de la aventura de la libertad. Porque la libertad es siempre peligro, incertidumbre, posibilidad de creación para el bien o para el mal. Y hay personas que tienen miedo de la creatividad y que quisieran actuar siempre de manera regular y segura. Para ellas, se hace indispensable garantizar la verdad del Derecho, sea a través de procedimientos rígidos de interpretación que quisieran tomar prestado su rigor de las matemáticas, sea a través de garantías que pueden ser la Tradición, el Derecho Romano, la Razón o incluso Dios. En lugar de crecer y asumir la plena responsabilidad de

inventar su vida, esas personas preferirían estar protegidos como los niños por reglas claras, tener siempre un Gran Papá que pensara y legislara por ellos. Y ese papá puede ser Dios, puede ser el legislador y/o ciertos autores cuya palabra tiene autoridad *ex cathedra* porque están irrefutablemente imbuidos del espíritu del Derecho; incluso ese Gran Papá puede ser el consenso popular idealizado y antropomorfizado.

Una filosofía dinámica del Derecho, como la que quiero proponer aquí, tiene por eso que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas, para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser el servidor sumiso de la ley o de la Escuela o de la doctrina aceptada sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir, a su propio riesgo, la tarea de creación permanente del Derecho.

VIII. DERECHO Y CONFLICTO

Pero tampoco debe pensarse que el Derecho es una creación pacífica y lineal: el Derecho nace siempre dentro del conflicto, surge como una dialéctica, en la que las oposiciones juegan un papel fundamental.

Cada hombre es un centro de fuerza, en grados que varían según las circunstancias; un centro que tiene una capacidad de acción y una capacidad de resistencia frente al resto de los hombres. Dado que el mundo humano está caracterizado fundamentalmente por la escasez, esa fuerza orienta la acción humana a satisfacer sus propios deseos y necesidades aun pasando por encima de los deseos y necesidades de los otros hombres. Y es así como surge el conflicto y también la necesidad de una regulación jurídica de las conductas. En los casos extraños de bienes respecto de los cuales no hay escasez, en los casos en que la abundancia de bienes permite la satisfacción general de las necesidades sin conflicto, no hay necesidad del Derecho, aunque el bien sea de la máxima importancia. ¿Qué puede ser de mayor importancia que el aire, ya que la falta de ese elemento por solo

unos minutos nos produce la muerte? Pero su abundancia lo libera de tratamiento jurídico: podemos gozar de ese bien sin necesidad de ningún orden impuesto.¹⁶

En cambio cuando los bienes son escasos, se hace necesaria una forma de reparto, sea en el tiempo (a través de un turno), sea en el espacio (a través de una lotización). En condiciones de escasez, observamos a los hombres manifestando sus intenciones, manipulando las situaciones y forzando las cosas para obtener lo que quieren.

Pero el conflicto surge también porque existen diferentes intereses y diferentes puntos de vista sobre las cosas, que compiten entre sí. Algunos de estos intereses entran en conflicto, porque intentan maximizar su satisfacción material a despecho de los intereses de los demás hombres. Pero otras veces no son el resultado de un egoísta enfrentamiento material sino una consecuencia de la adhesión a valores diferentes, que pueden incluir propuestas solidarias discrepantes entre sí. En este último caso, se trata de intereses no en el sentido de deseos materiales sino de proyectos, tendencias, metas, en las que el hombre pone su empeño, por las que el hombre está dispuesto a luchar e incluso a morir.

Cada una de estos intereses -en el sentido amplio del término, que incluye a los valores- es puesto en acción como una fuerza, como una energía que intenta transformar su entorno. Y es en ese intento que se encuentran los hombres unos frente a otros, luchando entre sí por la realización de sus valores y por la satisfacción de sus necesidades y deseos. Pero una vez que comprenden que llevar una lucha desenfrenada no permitiría alcanzar los bienes culturales superiores porque la violencia y el desorden solo conducen a la paralización y al embrutecimiento general, esa misma voluntad de poder que los lleva a luchar los lleva también

a restringir ciertas agresiones para lograr poderes y satisfacciones más altas. El desorden de la efervescencia de deseos y poderes llama a un orden; pero este orden no es una imposición abstracta ni la aplicación de valores inhumanos sino el resultado de la humanidad en lucha, el resultado de las persuasiones, transacciones, victorias, armisticios, adhesiones y rendiciones de esos hombres luchando entre sí.

Y es así como se va plasmando un Derecho. Pero los resultados de la lucha -expresados como normas, contratos y doctrinas aceptables- no quedan fijos para siempre; son meras cristalizaciones temporales que inmediatamente son reintroducidas a su vez en las luchas futuras como materiales de construcción de nuevas soluciones originales. Por eso es que las leyes no son el Derecho, sino apenas solidificaciones transitorias, prontamente cuestionadas, reinterpretadas y utilizadas sea como arma, sea como blanco, en esa dialéctica de intereses y poderes que no termina nunca.

IX. INEXISTENCIA DEL DERECHO

Esto nos lleva a plantearnos que el Derecho como tal no existe; no hay algo ahí afuera, frente a nosotros, que se llame Derecho. Hay leyes, hay doctrinas, hay jurisprudencia; pero todo ello no es todavía Derecho sino materiales de construcción para el Derecho, entendido este como una concepción siempre nueva, constantemente en proceso de renovación, cada vez como una invención para el caso específico.

Estamos, pues, siempre ante un Derecho por hacerse. Y esto obliga al jurista a ser un experimentador, a ser en todo momento un innovador; tiene que abrir nuevas trochas y buscar caminos diferentes, sabiendo que no sabe muy bien a dónde va, porque no tiene una "verdad" a la cual recurrir como un mapa de ruta. El jurista tiene que intentar y tiene que tentar: el buen jurista no se acoge a dogmas sino que recurre al

16 Una regulación jurídica del aire aparece como necesaria cuando algunos ponen en peligro este aprovechamiento libre y generalizado del aire, contaminándolo. Pero aquí, una vez más, el Derecho hace su aparición en el seno de una situación conflictiva: los intereses de los contaminadores se contraponen a los intereses de la humanidad.

tanteo para encontrar una solución nueva, una solución creativa, que se adapte perfectamente a la originalidad de cada situación.

El Derecho, por consiguiente, no es un ser sino un devenir, no es algo hecho sino algo haciéndose permanentemente; y eso implica que es también algo deshaciéndose permanentemente. El Derecho no existe como un mundo estático, cerrado en sí mismo, sino como un mundo dinámico de relaciones; un mundo que se modifica en la medida que esas relaciones -producto de la libertad- van a su vez cambiando por acción de la propia libertad humana. Y así como no se puede aspirar a una sociedad sin conflicto, tampoco se puede aspirar a un Derecho sencillo, limpio, transparente, sin cortinas ni pliegues, perfectamente concordado y sistematizado, absolutamente claro y deducible, duradero, del cual haya desaparecido toda dificultad interpretativa; en realidad, el conflicto social y la dificultad interpretativa tienen un mismo origen: la libertad y la capacidad creativa del hombre.

Quizá debiéramos ser más radicales en el planteamiento: si el Derecho no existe ya hecho, no podemos hablar de interpretación porque no hay nada que interpretar. Tenemos que hablar de construcción: el juez, el abogado, no aplican las leyes sino que las usan para organizar soluciones; no hay simplemente intelección sino creación. El Derecho no es, entonces, ante todo, una forma de conocimiento sino una voluntad de administración, una voluntad de poder. Pero, ¿voluntad de quién? De todos y de nadie: el Derecho resulta del choque de voluntades. Entendido así, el Derecho es un tejido de confrontaciones; pero la trama de este tejido, los nódulos que lo constituyen, al igual que la tela de Penélope, se tejen y se destejen continuamente, se forman y se deforman, de acuerdo a las dinámicas individuales y sociales.

El jurista no persigue, entonces, conocer un supra-orden -que pudiera encontrarse en la mente del legislador o en la naturaleza o en la mente de Dios- sino organizar adecuadamente los poderes dentro de una sociedad, para que no se inutilicen unos a otros: tiene que con-

vertir un conflicto destructivo en un conflicto productivo.

X. EL ORDEN Y EL DESORDEN

¿Es que no hay, entonces, orden alguno? ¿Es que no tenemos ningún cimiento, es que en materia de Derecho no existe ningún motor inmóvil que permita fundar el movimiento valorativo y hablar objetivamente de justicia? La inoperancia del concepto de verdad en el fenómeno jurídico, la falta de un criterio fijo y seguro, la ausencia de una cosa en-sí que nos permita apreciar la corrección de nuestra representación jurídica, ¿hace imposible todo orden?

No. Pienso que el desorden y el orden se implican recíprocamente: uno produce al otro; y el sistema de relaciones sociales no es un desesperanzado desorden donde cada individuo pelea por lo suyo sin que de ello surja ninguna visión de conjunto; pero tampoco es un orden perfectamente establecido, como lo hubiera querido el Derecho tradicional. Estamos ante una dinámica entre el orden y el desorden, ante un orden haciéndose y deshaciéndose permanentemente, ante un orden inestable y permanentemente replanteado porque es el resultado efímero de la dinámica de fuerzas en choque constante.

El orden resulta de un movimiento centrípeta que busca unificar, que pretende totalizar significativamente la diversidad. Pero si el orden fuera pleno, la diversidad desaparecería y el sistema perdería su dinamismo interno. Por ello, esas fuerzas centrípetas presuponen, coexisten y generan fuerzas centrífugas que tienden a cuestionar el orden, a fragmentar la unidad y a desarrollar la multiplicidad. Y esta es la respiración de la historia; y quizá la respiración de la vida en todas sus dimensiones: una constante aspiración y expiración, una implosión y una explosión. La razón concentra mientras que la libertad desparrama. Pero si la razón concentra demasiado, mata la libertad y se vuelve totalitaria; y si la libertad desborda a la razón, el cosmos se disuelve en el caos.

En consecuencia, esta dialéctica de la razón y de la libertad genera un orden dinámico en el que

la razón disciplina y hace coherente a la libertad; y la libertad flexibiliza e impide el anquilosamiento de las estructuras racionales.

La seguridad jurídica no se logra, entonces, convirtiendo las leyes en dogmas y canonizando interpretaciones y doctrinas. Por el contrario, ese camino no conduce sino a mayor inseguridad porque, teniendo siempre la norma una textura abierta e incompleta, su dogmatización se niega a afrontar racionalmente el problema de la creación de Derecho implicado en toda aplicación de una regla; y así esta tarea inevitable es realizada de manera inconsciente, con grave riesgo de arbitrariedad y de prejuicio.

La razón, con su exigencia de coherencia y rigor, organiza la libertad, le otorga una estructura que puede plasmarse en una ley, en un acuerdo o en una doctrina. Esa misma coherencia racional obliga a quienes usan posteriormente el Derecho a tomar en cuenta esas estructuras racionales: es un principio del sistema el que la ley no pueda ser desconocida; y, aunque la jurisprudencia y la doctrina no son obligatorias, no sería racional apartarse de ellas sin una buena razón. Pero la libertad de esos actores jurídicos que se encuentran dentro de un mundo de normas y doctrinas hace que puedan completar creativamente la norma, colocarla dentro de nuevos contextos de manera que adquiera nuevos sentidos; y esa misma libertad los lleva a cuestionar las doctrinas establecidas con la esperanza de persuadir a los demás que una perspectiva distinta es mejor, para así establecer nuevas formas de regular una determinada situación, aun sin cambiar las leyes mismas.

La seguridad jurídica no es, entonces, producto del dogmatismo ni de la rigidez sino de una creatividad coincidente, una libertad creadora organizada socialmente por la razón. Y esto razón que organiza no es un obstáculo ni una restricción de la libertad sino una forma de hacerla más eficiente y productiva, una forma de evitar que se consuma demasiado rápidamente

en una orgía de auto-afirmación agresiva y que dirija más bien su energía hacia su despliegue a niveles superiores de expresión de lo humano. Como dice Kant, toda oposición o restricción a la acción del hombre que contrarresta un obstáculo a la libertad, no es un recorte de la libertad sino una forma de promoverla y realizarla.¹⁷ Y el Derecho no es así una represión de los apetitos del hombre sino una forma de realizar el apetito más importante, aquel que funda los demás apetitos, que es la libertad.

XI. ÉTICA Y RACIONALIDAD LIBERTARIA.

Pero si asumimos una posición perspectivista y construccionista, ¿es posible todavía hablar de una ética? ¿Qué es lo que hace que, entre una gama de interpretaciones -o de construcciones- posibles, se escoja una y no la otra? Cada persona intentará hacer pasar la interpretación que más le conviene a su propia posición; y aquella que logre persuadir a las otras será la que prime. De esta manera, las interpretaciones se estarán confrontando permanentemente entre sí y la que tenga más fuerza -es decir, aquella que sea más aceptable por quien debe imponerla- será la que salga adelante. La confrontación de fuerzas -y cuando hablamos de fuerzas incluimos las espirituales- va a ser resuelta por el peso específico de cada una de ellas; lo que puede resultar equivalente a decir que aquellas posiciones respaldadas por una mayor fuerza física o aquellas que sean presentadas con mayor habilidad, con mayor capacidad de persuasión, serán las que resulten valederas.

¿Significa esto eliminar totalmente la ética, la objetividad y la razón del campo del Derecho? ¿Significa esto reducir el Derecho a una física que debe ser estudiada simplemente de acuerdo a la teoría de la composición de fuerzas? ¿Quiere decir que no hay un orden moral posible y que todo se reduce a un simple enfrentamiento de fuerzas, como toros salvajes que se dan de golpes con el testuz? ¿No queda otra cosa que la anarquía moral más absoluta y la ley del más

17 KANT, Immanuel, *The Metaphysical Elements of Justice* (1797), Parte I, § 13; Bobbs-Merrill, U.S.A., 1965, pp. 35-36.

fuerte (aunque lo fuerte no debe entenderse simplemente como represión o fuerza física o económica sino también como fuerza de convicción)? ¿Caemos de esta forma en un nihilismo o en la apología del sofisma?

De ninguna manera. Creo que es posible encontrar un fundamento racional que permita encauzar la libertad. Es más; creo que es indispensable reconstruir un sistema ético, es decir, una base para proponer conductas deseables. Pero esta ética no puede sostenerse en una escala cosificada de valores ni en una suerte de super-Derecho establecido de una vez para siempre sino en un criterio que pueda encarnar esas respiraciones de la razón y de la libertad, que pueda regular la libertad sin sofocarla por falta ni por exceso.

Para encontrar una palanca moral de ese tipo, tenemos que encontrar un punto de apoyo que sea al mismo tiempo fijo y movable, estático y dinámico, que sea un soporte al pedido de orden pero que no ahogue la dinámica del desorden. Ese punto de apoyo es la idea misma de libertad, entendida no como ejercicio alocado sino como una actividad con un propósito: ese apoyo hay que buscarlo en una noción de poder que se reconoce como tal y que es consciente de sus exigencias en tanto que poder.

La libertad no es una "cosa" sino un proceso, un élan. El hombre está hecho para trascenderse, para superarse, para adquirir niveles cada vez superiores de consciencia y de relación con los demás hombres y con el mundo (tanto entendido en particular y como un todo); y la libertad es la condición de esa trascendencia. De ahí que la finalidad del Derecho no pueda ser simplemente conservacionista: no se trata meramente de preservar al individuo y de proteger sus derechos; el Derecho no es la garantía de una libertad muerta, ya adquirida, sino el establecimiento de las condiciones que posibilitan llevar esa libertad cada vez más lejos, que permiten darle vida disparándola hacia horizontes desconocidos.

Si el Derecho es una forma de vivir la libertad del hombre en común, y si la libertad es

permanente creación, es efervescencia, es invención de sí misma a cada instante, ningún elemento estático puede ser criterio de valor, ya que sería inmediatamente sobrepasado por la libertad desplegándose a sí misma. El valor más alto, el valor fundante, solo puede estar en la libertad misma, en aquello que afirmando su permanencia es por naturaleza impermanente. No es posible plantear como criterio de valor y de orden un "así es" ni un "así debe ser" porque toda forma concreta de ser puede -y debe- ser trascendida: el "así" constituiría una predeterminación y una rigidez inaceptable para el espíritu libre porque pretende negar la inventiva de la propia libertad.

Por eso, el hombre no tiene una naturaleza, no puede decirse ni siquiera que la libertad es su naturaleza; porque la libertad no es, sino que se va haciendo: el hombre no es sino un pro-yecto, una actividad que nos impulsa hacia adelante, un arco tendido. Esa libertad creadora no se da contra la naturaleza, pero tampoco se somete a ella: el hombre ayuda a la naturaleza a superarse y va más allá de los límites naturales. Así, el hombre tiene que superarse permanentemente y superar la naturaleza. Pero esa superación no puede realizarse mediante la destrucción de su entorno, porque hombre y entorno forman un sistema de vida. Una superación que no conserve o supere su entorno es, en el fondo, una auto-destrucción: como lo enseña la ecología, la superación del hombre, la trascendencia de su "esencia", supone la superación del todo: el hombre solo puede superarse -es decir, sobrepasarse, construirse por encima de su dato presente- haciendo que la naturaleza entera se sobrepase.

XII. EL DERECHO COMO ARTE

La perspectiva heterodoxa que he intentado presentar nos lleva a una consecuencia igualmente heterodoxa respecto de las relaciones entre Derecho y ciencia.

Pienso que Kelsen tenía razón cuando decía que la ciencia del Derecho, la representación intelectual del Derecho, termina con el análisis teórico de las normas; no permite llegar hasta

la solución de los casos concretos. Del análisis del material legal a la solución efectiva de las controversias, hay un salto enorme que, según Kelsen, no se puede dar sino por un acto de voluntad: la razón nos deja todavía en una abstracción y desde ahí tenemos que bajar a tierra mediante una decisión antes que a través de una intelección.¹⁸

Pero pienso también que Kelsen se equivocó cuando renunció a comprender el Derecho más allá de ese análisis abstracto de las normas: para él, el abogado y el juez ya no son propiamente juristas porque tienen necesariamente que apartarse de la racionalidad pura para internarse en consideraciones que obedecen más bien a adhesiones, valores y convicciones no justificables por la coherencia misma del sistema normativo. A fin de mantener la cientificidad del Derecho como representación, redujo el Derecho en tanto que objeto de tal representación a la norma positiva, en vez de ver ese material normativo en operación. En otras palabras, intentó aprehender un objeto dinámico de conocimiento mediante una visión estática; de la misma manera como si se pretendiera reducir el estudio de la guerra al análisis tecnológico de las armas, ya que el uso mismo de ellas resulta ininteligible racionalmente.

En cambio, si aceptamos la teoría dinámica del Derecho que he propuesto antes, las normas tienen interés solamente en tanto que partida; pero no podemos limitar el estudio únicamente a ellas porque se nos habría escapado el Derecho como proceso vivo, dialéctico. Paradójicamente, en un cierto sentido las normas positivas han dejado de ser Derecho porque no son sino el resultado fosilizado de un conflicto jurídico que fue solucionado con carácter general; y, en otro sentido, no son todavía Derecho mientras no se pongan en operación, mientras no sean utilizadas por los hombres. En otras palabras, las leyes participan de la ambigüedad de los murciélagos, que pueden ser vistos como ratones o como aves; igual podríamos decir que el mero

texto legal es ya un cadáver o es todavía un feto. Por consiguiente, la teoría pura del Derecho de Kelsen es el tratamiento científico de un Derecho muerto o de un Derecho nonato: alucinado por su ideal de pureza científica, Kelsen hizo una ciencia cadavérica del Derecho o una ciencia fetal; pero no estudió el Derecho vivo, adulto, operando confusamente e impuramente en la realidad social. Y quizá lo más importante del Derecho está en esa parte del proceso que Kelsen desprecia porque no puede ser manejada intelectualmente, porque no responde a una pureza racional ni permite ser abordada científicamente: la aplicación y uso efectivo del Derecho, la guerra de los hombres dentro del campo de batalla del Derecho.

Por consiguiente, desde el punto de vista expuesto, la aplicación del Derecho no es tanto una disciplina que descubre o que entiende, sino un obrar que crea y que transforma. El Derecho no es, entonces, una ciencia: es un arte. Como la guerra.

Claro está que decir que el Derecho no es una ciencia no significa negar la utilidad del conocimiento científico para el jurista. No cabe duda de que las armas deben ser conocidas de manera rigurosa y completa por los combatientes; pero ese conocimiento no es todavía la práctica de la guerra, como el conocimiento científico de la normatividad no es todavía el ejercicio del Derecho. Apenas lo que hace es establecer los límites de la semiosis, a los que se refería Eco. Pero el Derecho propiamente nace cuando a ese conocimiento riguroso de los textos legales se le da un uso creativo, cuando ese conocimiento colabora en la organización práctica de la vida social. El pintor persigue inventar un objeto nuevo; y, por tanto, cuando pinta un cuadro no está realizando un acto de conocimiento sino que está ejerciendo un poder. Pero ese pintor se vale sin duda de los resultados de la ciencia en materia de colores como instrumento para acrecentar y afirmar su poder creativo. Así el jurista requiere de un conocimiento profundo

18 KELSEN, Hans, *Théorie Pure du Droit*, Trad. française de la 2e. édition de la "Reine Rechtslehre" par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, pp. 459 y 462.

de las leyes; pero no será jurista mientras no invente, mientras no cree soluciones siempre nuevas con esas leyes; de la misma forma que un químico experto en colores no es un pintor si no pinta un cuadro.

XIII. CONCLUSIONES

He perseguido en esta exposición hacer un experimento con la noción de Derecho, ponerla a prueba y observarla desde puntos de vista insólitos. No tengo la osadía de pretender redefinir el Derecho. Por el momento, me limito a un mero ejercicio de irreverencia: he querido

hacer un esfuerzo de incompreensión metódica que persigue volver inaceptable lo que es usualmente aceptable.

Y es un simple intento porque no solo no está completo, no solo no ha llegado a su fin, sino sobre todo porque procede de manera incierta y vacilante, como el ciego que va golpeando su bastón contra un mundo desconocido e inaprensible en su totalidad.

Quiero pedirles disculpas si quizá mi bastón ha tropezado con las ideas de algunos, debido a mi ceguera intelectual,