

La noche estrellada del Derecho

Fernando de Trazegnies Granda

Ante todo, quiero agradecer muy vivamente a la Academia Nacional de la Historia y a cada uno de sus Académicos de Número en particular por el inmenso honor que me hacen el día de hoy al incorporarme a este selecto círculo. Muy especialmente agradezco las cálidas palabras de presentación del Dr. José Agustín de la Puente, quien fue mi maestro en la Universidad y de quien aprendí que la Historia es una disciplina que hay que cultivar con una profunda seriedad, unida indisolublemente a una modesta sobriedad pero, al mismo tiempo, con inmenso entusiasmo y entrega.

Creo que la invitación de la Academia para incorporarme en ella constituye una generosidad de quienes han apreciado, más con afecto que con rigor, mi afición a la Historia. Porque no tengo otros méritos para formar parte de esta docta Academia que un desorbitado entusiasmo por la Historia. Y todo lo que puedo ofrecer como nuevo Miembro de Número es poner este entusiasmo al servicio de la investigación y de la verdad.

La Academia ha tenido la gentileza de asignarme el sillón que correspondió en este cenáculo intelectual a Don José Luis Bustamante y Rivero, peruano insigne por muchos motivos. Y es tradicional que el nuevo académico haga un elogio de aquel que lo procedió en el sillón correspondiente. Nada me es más grato, porque admiré mucho al Dr. Bustamante y Rivero y considero un altísimo e inmerecido honor ocupar su lugar en el seno de los académicos.

Si quisiéramos resumir en una sola calificación la vida de don José Luis Bustamante y Rivero, creo que ninguna le correspondería mejor que la de jurista. Porque don José Luis fue ante todo un hombre de derecho, un hombre

* Discurso de incorporación leído el 20 de julio del 2000.

para quien el derecho no fue un aspecto interesante pero accidental de su vida, sino que modeló su personalidad e impartió un sentido y un estilo a todos sus actos.

Una vida tan rica en vivencias jurídicas como la del Dr. Bustamante y Rivero constituye una guía, un derrotero seguro, para todo abogado. En ese sentido, quisiera destacar tres lecciones que se desprenden, de primera intención, de su ejemplo y nos marcan el camino a seguir.

En primer lugar, la adopción del espíritu jurídico como modelo de pensamiento condujo al doctor Bustamante a una actitud ponderada y a una apertura mental, libre de todo dogmatismo. El razonamiento jurídico no admite argumentos irrefutables ni verdades absolutas, sino que se orienta más bien a convencer antes que a demostrar, a proponer antes que a afirmar. Es por ello por lo que el jurista es perfectamente consciente de la fragilidad del juicio humano; sabe siempre que quienes sostienen opiniones contrarias no son necesariamente unos malvados ni unos corruptos. La práctica del derecho lo ha acostumbrado a escuchar al discrepante con atención y respeto. Y esa es la primera lección que nos entrega la vida del doctor Bustamante: vivió el derecho no como una simple profesión sino como una manera de entender el mundo, fue siempre un hombre tolerante, respetuoso de las ideas de los demás, ponderado, dispuesto en todo momento al diálogo.

En segundo lugar, observamos en la biografía de don José Luis, en cada uno de sus actos y afirmaciones, una profunda conciencia del deber de servir a los demás: al jurista no le basta con vivir una vida digna en el aislamiento; la perspectiva del derecho lo coloca fundamentalmente frente a los demás, en relación de servicio con la sociedad en la que vivimos. El doctor Bustamante asumió este deber de solidaridad, de amor al prójimo, en los niveles más altos. Aceptó ser Presidente de la República en un momento extremadamente difícil, porque quería aportar la perspectiva tolerante y pacificadora del derecho a un país desgarrado y convulso: la política no fue para él sino una manera más de vivir el espíritu de justicia y de respeto democrático que era parte de su opción existencial por el derecho. Siempre convencido de la importancia de la mentalidad y de los métodos jurídicos para regular las relaciones humanas, llevó su ejercicio del espíritu de servicio a través del derecho hasta las relaciones internacionales; y es así como lo vemos integrando la Corte Internacional de Justicia de La Haya y, más tarde, logrando la paz entre El Salvador y Honduras gracias a su ponderada mediación.

Una tercera señal indicadora del camino que la vida del doctor Bustamante propone a los hombres de derecho está dada por el hecho de haber comprendido que el sentido profundo del derecho es ininteligible si sólo se le mira desde

una perspectiva estrechamente jurídica. Para ser buen jurista hay que ser un humanista. El derecho no es una mera técnica; no basta conocer muy bien las leyes y manejar eficientemente los argumentos. El derecho es una de las expresiones más conspicuas del ejercicio de vivir; el derecho hunde sus raíces en lo humano y respira con los valores y las ideas que animan a la humanidad. Es por ello que el jurista tiene que explorar los diferentes aspectos de la cultura. Y es así que el doctor Bustamante se interesa por la Historia, por la Filosofía y por la Geografía, ocupando incluso cátedras en estas materias en la Universidad de San Agustín de Arequipa entre 1922 y 1930. La Literatura no podía estar ausente de las preocupaciones de un jurista humanista. Aún muy joven, don José Luis publicó un libro de versos; y las dificultades que le tocó sobrellevar y los cargos de gobierno que asumió, nunca endurecieron su corazón, nunca formaron una costra de “cosas serias” que muchas veces aíslan al hombre público de las dimensiones más sensibles de la cultura: conservó toda su vida esa ductilidad del alma, esa sensibilidad del espíritu, que hace posible escuchar los sutiles matices de las voces del arte.

Nunca olvidaré las palabras que tuvo la amabilidad de colocar en la dedicatoria que me escribió en un ejemplar de su libro “Tres años de lucha por la democracia en el Perú”. El maestro Bustamante y Rivero decía ahí que el jurista debe hacer *“el intento de concebir y madurar soluciones de dimensión nacional que tiendan a hacer de nuestro país un pueblo en plenitud, una nación de verdad, educada en el hábito de una fecunda reflexión colectiva, que sepa a dónde va; igualmente distante del afán de improvisación y del oportunismo versátil, para acogerse sólo a la inspiración de altos principios éticos y cívicos y a la suprema ambición de una auténtica dignidad humana que sea fruto del ejercicio de una ciudadanía sin recortes”*.

=====

El tema que quiero proponer como reflexión en esta disertación académica de incorporación es el de las relaciones entre el derecho y la historia.

Tengo –iqué duda cabe!– un profundo interés por la historia, tanto por satisfacer una legítima curiosidad intelectual de conocer otras épocas y el deseo de tomar contacto con nuestras raíces como también porque creo que la dimensión histórica es indispensable para entender no sólo el pasado sino también el presente y, en esa forma, abrir el camino del futuro.

Hablar de historia es hablar de tiempo. La ciencia contemporánea insiste en que nos habituemos a la difícil idea de que el universo sólo puede ser comprendido si lo referimos a un sistema de coordenadas que incluyen la temporalidad como un elemento definitorio esencial. Einstein tuvo la osadía

—extraordinariamente fructífera— de demostrar que el firmamento no tiene una realidad tan firme como su nombre lo sugiere, que ese cielo estrellado de las noches románticas no es real, en el sentido clásico de este término. Esa noche en la que se pueden escribir los versos más tristes y donde tiritan los astros a lo lejos, como diría Neruda, esa noche que el poeta canta, de alguna manera ya no forma parte de su paisaje, ya no corresponde a la época de su canto: es una noche histórica. Porque la luz de esas estrellas ha tardado varios años en llegar hasta nuestros ojos y, en el entretanto, esos astros pueden incluso haber desaparecido. Y, lo que es aún más grave, cada estrella está a una distancia diferente y, por eso, su luz nos llega en un tiempo distinto de las otras. Entonces, todo aquello que vemos allá arriba ni siquiera existe a la vez sino en diferentes planos del tiempo, en diferentes momentos de la historia. En otras palabras, no todas las imágenes de estrellas que nos ofrece a la vez el cielo nocturno tienen las mismas fechas de existencia; no todo lo que vemos al mismo tiempo existe al mismo tiempo. Y es así como las fechas de todos esos hechos esplendorosos de la noche son absolutamente diferentes de la fecha en la que nos situamos como observadores, de esa fecha en la que se encuentra el perro que aúlla en la lejanía, la banca en la que estamos sentados contemplando el universo, la pareja que nos acompaña en esta nocturna ensoñación y nuestra propia consciencia. Esas diferencias —que pueden ser hasta de millones de años— nos hacen ver lo que ya no es al lado de lo que todavía es; y, por la misma razón, esa falta de simultaneidad nos oculta estrellas y fenómenos que posiblemente ya son para otros ojos pero todavía no son para los nuestros porque la luz que se encarga de revelarlos aún no ha llegado hasta nosotros.

Y lo maravilloso de esta concepción temporalizada del universo es que nada es mentira, todo es verdad: la simultaneidad de nuestra percepción y la sucesión con diferencias de millones de años, la imagen y el objeto, la existencia y la inexistencia. La realidad de las cosas depende del punto de vista, depende de quién cuente la historia, depende de la perspectiva, de ese simple y limitado puesto de observación en el tiempo en el que estamos emplazados como vigías, con la pretensión de otear una realidad infinita y compleja. Porque, aunque nos cueste admitirlo con los criterios de la percepción cotidiana, la realidad no es sincrónica sino diacrónica, no se encuentra ubicada en un solo instante del tiempo sino que es un mosaico de temporalidades.

Si la determinación del tiempo es tan importante para conocer la realidad física, la necesidad de tomar en cuenta al tiempo es evidentemente igual o mayor en el plano de la realidad cultural. No cabe duda de que el conocimiento de lo que el hombre piensa y cree tiene necesariamente que apoyarse en un sistema de referencias en el que el tiempo, la historia, ocupa un lugar privilegiado. Y en esta exposición quisiera referirme específicamente a la relación entre derecho y tiempo.

En principio, esta relación es particularmente compleja porque derecho y tiempo se abrazan, se engloban recíprocamente. De un lado, el derecho pretende aprehender el tiempo, delimitarlo, racionalizarlo, imponerle sus propios criterios de ordenación. El tiempo es, ante todo, medida. Y así el derecho establece calendarios (no uno, sino varios según las finalidades), ordena turnos, señala secuencias, norma plazos. El tiempo del derecho no es necesariamente el tiempo astronómico: el derecho puede hacer que ciertos días no existan (los llamados inhábiles), que ciertas horas no sean horas, que los años tengan una duración de 360 días en vez de 365 (como sucede en la reglamentación de las operaciones de banca). O también, el derecho puede en ciertos momentos tener una presencia menor, puede suceder que en ciertos tiempos el derecho tenga –por así decirlo– una realidad debilitada, una existencia más tenue: es claro que en la noche mientras dormimos o cuando retozamos en la playa en un día de vacaciones, hay menos leyes y reglamentos que nos obligan a hacer cosas y tenemos menos conciencia del tiempo que cuando trabajamos en la oficina, cuando pactamos un negocio o cuando informamos oralmente ante un Tribunal.

Pero a su vez, el tiempo se revuelve contra el derecho y lo atrapa en sus redes. El tiempo se impone sobre el derecho que pretendía dominar al tiempo, resulta ser a su vez un producto del tiempo: el derecho, como todo en la realidad (salvo Dios), no tiene existencia sino dentro del tiempo; y es por ello por lo que se justifica y se hace indispensable una Historia del Derecho.

=====

El papel de la disciplina que conocemos como Historia del Derecho es, entonces, devolverle al derecho su dimensión temporal, que fue relegada y casi condenada tanto por el iusnaturalismo como por el positivismo.

La Historia coloca lo que es del pasado en el pasado. Pero la perspectiva histórica, entendida en estos términos, no se limita a restablecer el pasado como tal sino que tiene también por objeto, paradójicamente, recuperar el futuro. La historia del pasado se alimenta con las preocupaciones del presente, las que a su vez surgen como interrogantes respecto del futuro. De esta forma, la historia no nace sólo de la necesidad de comprobar un pasado que ya no es sino también de la necesidad de prepararnos en el presente que ahora es para crear un futuro que mañana será.

El historiador del derecho no es, entonces, un mero guardián del cementerio de las ideas desaparecidas en el pasado, sino quien abre las posibilidades del futuro al mostrar que nada de lo humano es eterno y que por tanto la novedad es posible, que nada se impone desde atrás impidiendo el mañana y

frustrando las posibilidades de invención. La Historia del derecho no muestra la perennidad sino las ideas que van y vienen, revela que las concepciones del derecho nacen y, después de un período de apogeo (que puede ser bastante largo en algunos casos), mueren o se transforman hasta desaparecer. La Historia del Derecho nos proporciona ese sentimiento de contingencia y de transitoriedad que es indispensable para que pueda tener lugar el cambio hacia adelante, la evolución, el movimiento intelectual. Y, lo que es más grave, al hacernos conscientes de que no vivimos dentro de una eternidad, la Historia del Derecho nos permite tomar consciencia –y asumir la consecuente responsabilidad– de que las relaciones humanas presentes y futuras dependen de nosotros: la Historia libera nuestra capacidad creativa pero, al mismo tiempo, nos hace responsables, nos compromete a actuar, nos confronta con el papel imaginativo que nos corresponde jugar, nos invita a asumir nuestras obligaciones de creación.

Frente al desafío de la Historia, surgen las tentaciones inmovilistas.

La primera de ellas consiste en pensar que incluso en el campo del derecho existen verdades absolutas, válidas universalmente, eternas; y que la historia no consiste sino en la forma como el hombre las va descubriendo poco a poco y las adapta a las circunstancias cambiantes. La visión histórica no sería sino una manera de ir agregando conocimientos, como quien suma piezas de un rompecabezas, para llegar a tener una idea del derecho cada vez más sólida y completa.

Esa posición presenta para mí muchas dificultades. No entiendo la posibilidad conceptual de un derecho intemporal porque todo concepto es parte de la Historia, se encuentra sumergido en el mar del tiempo. En consecuencia, no creo que exista una verdad jurídica eterna que vamos descubriendo a pocos, al tanteo, gracias a la Historia. Creo que la única Verdad eterna, el Único Absoluto es Dios; y Dios se expresa a través de una experiencia religiosa, mística, totalizante, que no puede ser rebajada a todos los aspectos menores y prosaicos de la existencia humana, entre los que incluyo el derecho.

Una segunda forma –más burda, más elemental, más ingenua– de sentar bases eternas para el derecho consiste en tomar una experiencia jurídica particular de gran calidad y atribuirle un carácter de matriz universal. Este error que consiste en estudiar el pasado para convertirlo en el modelo o la guía del presente lo hemos visto en el caso del derecho romano. Ese sistema jurídico extraordinario, por el que tengo una profunda admiración, fue tenido por algu-

nos como la madre de todos los derechos: los sistemas jurídicos modernos debían apenas limitarse a adaptar los principios y los métodos romanos a las nuevas circunstancias.

Pero la auténtica búsqueda histórica no tiene por objeto encontrar un origen privilegiado del derecho, una verdad oculta en el tiempo, un prototipo que, como ironiza Michel Foucault, se supone que se encuentra más del lado de los dioses que de los hombres, sino las vicisitudes de la idea de derecho, la forma como se va construyendo esta idea, siempre efímera, siempre reinventada.

La historia tiene así que liberar al jurista de la propia historia, es decir, de utilizaciones incorrectas de la Historia que pretenden justificar casi religiosamente una verdad temporal, para dar un carácter de dogma históricamente demostrado a una institución inevitablemente transitoria, para enaltecer el pasado con desmedro del futuro.

Pero la Historia también tiene que liberarlo de un enemigo aún más insidioso que se esconde entre los pliegues del propio presente: el positivismo.

El positivismo tiende a considerar la actual positividad como la única posible, plantea como hipótesis metodológica que el derecho es sólo el derecho existente y que, por tanto, no interesa el estudio histórico ni las posibilidades de cambio.

En mi opinión, el positivismo es una forma de ceguera intelectual; sea una ceguera intencionalmente adoptada como método, sea una ceguera inducida por un mal uso de la Historia. En cualquier caso, creo que el hombre no puede librarse de su compromiso hacia el futuro, no puede esconder la cabeza, como el avestruz, enterrándola en el pasado o en un presente sin profundidad.

Ahora bien, un antídoto eficaz contra todos estos males es la Historia entendida como consciencia de la temporalidad. Una Historia así distingue los diferentes instantes, comprende que cada evento, cada idea, cada cosa, tiene un nacimiento, una vida y una muerte, que la sucesión no es el desenvolvimiento de una única gran verdad sino la reinención permanente del mundo. La Historia, entonces, no consolida sino que subvierte, no reafirma, ni aquieta ni consuela, sino que, por el contrario, persistentemente cuestiona toda pretensión de absoluto, desestabiliza, inquieta, agita. Por eso, el historiador del derecho no es un tranquilizador de conciencias, no es quien proporciona el refugio venerable a las inquietudes, quien acalla las dudas y nos lleva a un grado de aceptación que hace innecesaria la imaginación creadora. Lejos de ello, el historiador es

más bien un provocador, una persona que nos hace ver que todo se mueve y que todo pasa; por tanto, tenemos la obligación de marchar hacia adelante y de crear la historia del mañana. En esta forma, el historiador nos enrostra nuestra responsabilidad frente al futuro, precisamente porque le da el lugar de pasado al pasado y porque destruye toda pretensión de permanencia del presente.

Es en este sentido que la Historia se convierte paradójicamente en una condición del futuro: en vez de anclarnos en un pasado que ha perdido su historicidad y que pretende instaurarse como un presente eterno, la historia nos muestra que el pasado es pasado y que estamos permanentemente obligados a inventar el futuro, que no podemos refugiarnos en un pretérito hipostasiado para evadir nuestra responsabilidad de la creación y de la opción. La historia tiene, ante todo, una función liberadora.

=====

Cuando se piensa en una Historia del Derecho usualmente se admite la temporalidad de las leyes y de los códigos, de manera que el estudio histórico consiste en situar las leyes en el tiempo, determinar cuándo entraron en vigencia, cuánto tiempo fueron válidas y cuándo fueron derogadas. A ello puede agregarse una explicación de las circunstancias políticas, económicas y sociales que llevaron a realizar tales cambios legales. Estamos, pues, habituados a pensar que los Códigos y las leyes son producto de la historia.

Pero pocas veces se advierte que la noción misma de derecho es también un producto histórico y que, por tanto, va cambiando con el tiempo; al punto que hasta podríamos encontrar que el propio derecho tiene un nacimiento y quizá una muerte.

Frente a la tendencia de ver el derecho como consubstancial a la naturaleza humana porque se le considera condición esencial de la organización social, debemos –con la ayuda de la Historia– cuando menos preguntarnos si el derecho no es quizá sólo una de las formas posibles de organizar la vida en común, si el derecho no es un producto histórico en sí mismo, si no solamente las leyes tienen una historia sino también la idea misma de derecho.

Obviamente, si recurrimos a algunas de esas definiciones-sábana –bajo las cuales pueden ocurrir todo tipo de adulterios conceptuales– parecería que el derecho es universal. Ello sucede, por ejemplo, cuando se dice que el derecho es la forma imperativa de la organización social o alguna otra generalidad por el estilo. No cabe duda de que todas las sociedades tienen aspectos imperativos. Pero, ¿significa eso que todas tengan derecho propiamente dicho?

Yo sostengo que el derecho, en la medida en que lo definamos de una manera suficientemente significativa, no es ubicuo ni eterno sino que es un producto histórico que corresponde a ciertos valores y a ciertas técnicas de organización social. Esto significa que cambian históricamente no solamente sus contenidos –las leyes– sino que cambia también la idea misma de derecho. Y quizá un día ésta desaparezca.

Las ideas no son nunca construcciones estáticas sino que tienen un dinamismo interior que las constituye como fuerzas polémicas: las ideas tienen una vocación innata de auto-afirmación y conquista, y por eso se esfuerzan espontáneamente en desplazar toda competencia. Cada idea del derecho pretende sustituir a las otras. Pero esta guerra permanente no las deja indemnes: el enfrentamiento hace que unas triunfen y otras desaparezcan; pero también hace que algunas subsistan mutiladas, que unas se alíen con otras transformándose ambas o que se subdividan en numerosas variantes cada vez más alejadas de su núcleo conceptual.

Si hablamos de generación, transformación y muerte, si hablamos de acciones y reacciones, de batallas, alianzas, triunfos y derrotas, no cabe duda de que estamos introduciendo el factor del tiempo como una de las coordenadas fundamentales de ese mundo conceptual: cada uno de estos sucesos conceptuales tiene un lugar en el tiempo, tiene una fecha y una duración. Y entonces comprobamos que el panorama del derecho, al igual que el pretendido firmamento de los astros, no muestra una simultaneidad sino un mosaico de temporalidades: la noche estrellada del derecho no es sino un corte sincrónico en una masa de ideas que se encuentran en distintos momentos de su propia historia.

=====

Quisiera detenerme brevemente en algunas de esas galaxias de ideas que han abarcado enormes períodos de la historia del derecho y que coexisten en mayor o menor grado en la mentalidad del jurista contemporáneo.

Quizá la galaxia conceptual más antigua que encontramos en la noche profusamente estrellada de la juridicidad es la idea de que hay una esencia inmutable del derecho a la que tienden a acercarse todos los conceptos históricos.

El mundo antiguo era fundamentalmente sustancialista, es decir, buscaba las esencias de las cosas antes que las cosas mismas. El derecho no podía ser

una excepción. ¿Y cómo encontrar el camino a esa esencia del derecho? Es preciso –se decía– preguntar a la naturaleza; porque la naturaleza conlleva un orden en sí misma: está intrínsecamente organizada de antemano. El mundo antiguo incorpora causas finales a la naturaleza, le da un sentido propio, le introduce pautas intrínsecas de su propia perfección. Por consiguiente, es en la naturaleza que el hombre debe buscar las reglas de su actuación, ya que el hombre forma parte de esa naturaleza.

Esta aproximación hace que, cuando el hombre antiguo se pregunta sobre lo que es lo jurídico, intenta encontrar la respuesta en una noción universal, inmutable, que corresponda a la esencia del derecho. Así, el derecho en sí mismo no tiene historia; lo histórico, lo transitorio son solamente las manifestaciones accidentales de la esencia: el ser carece de historia; sólo el fenómeno puede ser afectado por el tiempo. Pero el fenómeno no merece ser tenido en cuenta, salvo para usarlo como puerta de acceso al verdadero conocimiento que apunta a la esencia.

El cristianismo refuerza la dominación de la naturaleza sobre el hombre al sacralizar esas causas naturales: las causas finales han sido colocadas por Dios en la naturaleza ya que, como Creador, sólo pudo hacer una naturaleza perfecta, es decir, una naturaleza que lleva implícita (cuando menos en potencia) su propia perfección. El conocimiento humano es una aproximación paulatina a las Ideas Divinas, ya sea, como sostiene San Agustín, gracias a la Revelación porque la razón del hombre está corrompida por el pecado original; ya sea, como sostiene Santo Tomás, a través del análisis filosófico de la naturaleza porque el pecado no llegó a destruir las posibilidades de un uso correcto de la razón en ciertas materias. Por uno u otro camino, es un proceso penoso, difícil, con muchas posibilidades de error. Sin embargo, el cristianismo aporta también una esperanza: gracias a la bondad de Dios, es posible participar de alguna manera de la Sabiduría Divina; y la historia es la sucesión de hechos que, por los caminos inescrutables del Señor, nos acercan a la Divinidad.

Para San Agustín, la historia no es un caos indeterminado de movimientos sino que tiene un comienzo y un fin. Desde una perspectiva bíblica, Dios está en el origen de las cosas y del tiempo. Antes de que el mundo hubiera sido creado, no existía tiempo ya que para que haya temporalidad se requiere una cierta inestabilidad movable. Como dice San Agustín, Dios es inamovible y es recién la criatura que efectúa movimientos y cambios; de modo que el tiempo es una imperfección de la criatura que resulta de la sucesión de mudanzas y pausas. Y, entre las criaturas, el hombre es el causante privilegiado de mudanzas porque puede apartarse irresponsablemente de la esencia que Dios le ha dado. Sin embargo, la bondad de Dios lo llevará a redimir al hombre del pecado y del tiempo, ayudándolo a recuperar la eternidad mediante el reencuentro con

Dios. Como puede verse, esto nos coloca ante una concepción lineal de la historia, con un Alfa y un Omega que es Dios mismo. Más allá del derecho histórico con las vicisitudes derivadas de sus debilidades intrínsecas, está siempre la esencia del derecho que participa de la esencia de lo divino en cuanto Idea de Dios y, consecuentemente, sigue siendo un objeto filosófico intemporal.

La segunda de estas grandes galaxias conceptuales está constituida por la modernidad que es, de alguna manera, hija del nominalismo y del racionalismo.

El nominalismo aporta la conciencia de lo individual. Por su parte, el racionalismo elimina la necesidad de Dios para los efectos del conocimiento de la realidad y lo sustituye por una seguridad matemática. No es que el racionalismo sea ateo; no hay una negación de la existencia de Dios sino simplemente la afirmación de que su existencia es irrelevante en el campo del conocimiento: el Derecho Natural sería el mismo aun si Dios no existiera o si no se preocupara por las cosas de los hombres.

Y la naturaleza es entendida fundamentalmente en su sentido físico, desprovista de las connotaciones filosóficas de las causas finales. Esa naturaleza, desde el punto de vista de Newton, tiene una racionalidad implacable. El mundo es como un reloj que puede ser estudiado en cada uno de sus componentes individuales y respecto del cual se pueden establecer leyes matemáticas, precisas e inalterables. Todo puede ser explicado racionalmente: no hay azar, no hay caos, no hay desorden. Ahora bien, si el mundo es un reloj, no hay duda de que se producen movimientos y cambios; en consecuencia, podríamos decir que estamos ante un mundo temporalizado. Sin embargo, paradójicamente, una vez que hemos definido el universo con una fórmula, el tiempo se desvanece puesto que la fórmula que establece los cambios no está sujeta a su vez a ningún cambio.

Desde esta perspectiva, el tiempo jurídico tiende a no existir ya que los asuntos deben resolverse siempre de la misma manera; y si uno encuentra una cierta situación jurídica problemática, la solución debe ser siempre la misma, ayer, hoy y mañana. De este modo, el derecho resulta una predeterminación inexorable; y su aplicación trata de acercarse a la fatalidad matemática: si una cosa sucede, ello origina inevitablemente una cierta aplicación del derecho y sólo esa aplicación del derecho. La ciencia jurídica asume, pues, la forma de una matemática de la causalidad. De ahí que el hombre deba tender a organizarse socialmente de la manera más coherente, mimetizando hasta donde sea posible las leyes de la naturaleza en la regulación de las relaciones entre los hombres. Por eso, el derecho debe ser absolutamente predecible, sistemático, libre de contradicciones.

El derecho de la modernidad, después de pasar por sucesivas decantaciones, se encontrará espléndidamente expresado en los planteamientos de Hans Kelsen: el positivismo kelseniano es un esfuerzo por convertir el derecho en una racionalidad silogística, perfecta en sí misma, analizable “científicamente”. Para lograrlo, es preciso abandonar el estudio del ser para limitarse a la organización conceptual de un deber ser formal, totalmente construido por la razón del hombre: ésta será la teoría “pura” del derecho.

Frente a estas dos galaxias tradicionales (que contienen a su vez a miles de constelaciones y de estrellas en el interior de cada una), frente al sustancialismo y al racionalismo con todas sus variantes, frente a los diferentes iusnaturalismos y a los diferentes positivismos, quiero plantear la existencia en este cielo estrellado del derecho de una tercera galaxia conceptual, una galaxia más joven, cuyas constelaciones todavía no están suficientemente definidas y que vagamente podríamos calificar como postmodernista. El pensamiento jurídico postmodernista pretende rescatar la vida (con todas las contradicciones que ella implica); esa vida que había sido dejada de lado desde una perspectiva puramente racionalista.

Lo que la ciencia física y la matemática tradicional habían menospreciado por considerar que eran temas “sucios” —es decir, temas que no se podían tratar racionalmente— resulta puesto al descubierto y convertido en objeto preferente de estudio por la nueva ciencia postmodernista. Laplace había dicho que el azar no era sino “la suma de nuestras ignorancias”, ya que probablemente se descubrirían en el futuro las leyes que permitirían comprobar que el campo del azar no es una verdadera imposibilidad de previsión sino que simplemente está sujeto a un orden todavía desconocido pero cognoscible. Sin embargo la nueva matemática reivindica el azar como tal. Y la ciencia física no estudia ya solamente los movimientos sujetos a fórmulas predecibles —como la gravedad o la concepción de fuerzas simples— sino que se preocupa de los torbellinos, de las efervescencias, de todo aquello en lo que la predicción encuentra sus límites. El azar —ya no la suma de nuestras ignorancias sino lo impredecible— tiene, ahora, un papel importante dentro de la ciencia. Frente a la continuidad de la concepción clásica del mundo, nos encontramos que hoy se privilegia la discontinuidad.

¿Cómo es posible concebir el Derecho desde esta perspectiva “post-modernista”? Con el término “postmodernidad” (y sus derivados), no quiero referirme, en este caso, a ningún tipo de esoterismo jurídico o sociológico ni a una inconformidad desordenada y estéril ni (mucho menos) a una suerte de snobismo intelectual. Post-modernidad, desde mi perspectiva, significa simple-

mente el tipo de sociedad que de alguna manera prolonga, pero también de alguna manera critica, a la modernidad. En el campo de la filosofía social, la post-modernidad como la modernidad se basan en un reconocimiento del valor de la persona; y en la definición de la persona como libertad en ejercicio. Por consiguiente, la modernidad y la postmodernidad pretenden construir la sociedad sobre la base de esa persona libre que va diseñando su propio entorno dentro de una situación determinada. Sin embargo, la influencia racionalista de la modernidad la obligó a tratar de definir la libertad, que es la fuente dinámica de toda definición; y, de esta manera, la libertad dejó de ser una efervescencia continuamente creativa para convertirse en una “cosa” previamente definida que pasaba a formar parte de la estática del orden; esa “cosa” era únicamente la libertad conforme la definía el pensamiento político liberal en Occidente. Como consecuencia de esta objetivación de la libertad, la modernidad comenzó a adquirir los visos de un fundamentalismo que –paradójicamente, ya que ello contradice al espíritu de libertad– no admitía divergencias ni diferencias: el mundo debía ser íntegramente organizado conforme al modelo liberal, vale decir, al modelo predominante en Occidente durante los últimos siglos; modelo que, a pesar de su pretensión de universalidad, se encuentra indudablemente cargado con los valores particulares de la cultura europea.

La post-modernidad se rebela contra todo orden estático, es decir, contra todas las formas de una razón agobiante que pretende encerrar al mundo y al hombre dentro de esquemas cerrados y perfectamente calculables. Quiere recuperar el tiempo, que la ciencia newtoniana había hecho desaparecer dentro de la eterna universalidad del razonamiento matemático. Pretende recuperar el azar que había sido reducido simplemente a la suma de nuestras ignorancias, a aquello que aún no sabemos pero que algún día la ciencia disolverá racionalmente al encontrar las leyes que hasta ahora permanecían ocultas al conocimiento. En términos de las ciencias sociales, esto significa que la postmodernidad pretende recuperar la libertad ahogada por el liberalismo, pretende resaltar la multiplicidad frente a la unidad, pretende volver a dar un sitio a lo particular tiranizado por lo general. De ahí la importancia de reconocer al “otro”, constituido por las culturas diferentes, las minorías con identidad propia y, en general, todo aquello que da lugar a una particularidad social.

Ese reconocimiento de la multiplicidad implica que toda singularidad tiene el derecho de autodefinirse y de intentar crear un entorno propio: el individuo, la nación, el grupo religioso o cultural, no se disuelven en un todo mayor sino que afirman sus particularidades. Ahora bien, cada singularidad es una fuerza, es decir, el ejercicio de una libertad; y la libertad es sinónimo de poder o capacidad de acción. Los hombres son posibilidades de acción. Y la acción supone orientar la voluntad para realizar sus intereses. Pero direccionar la voluntad es optar; por tanto, vivir –en sentido humano– es optar y afirmar.

Esta afirmación de cada hombre se enfrenta con la afirmación de los otros hombres, lo que da lugar a múltiples choques en diferentes planos. Los choques se presentan sea porque el objeto de interés no puede satisfacer a dos o más a la vez, sea porque uno busca un poder por el poder mismo que se afirma como una superioridad. Por consiguiente, las libertades chocan entre sí y se produce la guerra. En ese sentido, dentro del marco de una perspectiva postmodernista de la sociedad, quisiera proponer una concepción agonal del derecho, es decir, un derecho que tiene que encontrar su camino a través de la lucha, de la contienda de libertades.

Sin embargo, la recuperación de la libertad, de la particularidad y de la multiplicidad que propugna la teoría agonal no puede tener lugar bajo la forma de una supresión de todo orden, de una indiferencia frente a lo general y frente a la aspiración a la unidad: ello nos llevaría simplemente al caos. Es, entonces, preciso re-encontrar una relación entre la libertad y el orden, entre la creación y la conservación, entre lo uno y lo múltiple. Pero, claro está, tal relación no puede estar predefinida en todos sus términos, no puede ser una relación estática, establecida de una vez para siempre, porque eso nos haría recaer en una nueva forma de dogmatismo racionalista. Tenemos que construir una relación dinámica, en cuyo interior todo cambia y cuyas fronteras mismas están siendo continuamente objetadas y replanteadas. De manera que la sociedad es un equilibrio inestable, respecto del cual el derecho es un método de equilibrarse y re-equilibrarse incansablemente frente a los desequilibrios que crea la libertad.

¿Cuáles son las bases de ese equilibrio? ¿Qué lleva al hombre a compatibilizar su libertad con un cierto orden? El hombre, además de ser libre, es un ser racional; y con ello no quiero decir que tenga la facultad de encontrar un orden oculto pre-establecido, una esencia ignota, sino simplemente que es un ser con capacidad de cálculo. Y es el cálculo lo que le hace comprender que la creación sin pautas ni límites no conduce a mayores posibilidades de acción sino, por el contrario, al entorpecimiento general de las posibilidades de acción de cada uno: si todos quieren hacer simplemente lo que les da la gana, todos recortan sus libertades en vez de aumentarlas. Por ello, para que el poder —es decir, la libertad— de cada uno pueda ser más eficiente, es preciso que libremente se establezca un cierto orden que no elimine la acción creativa del poder, que no cancele la competencia entre las libertades, que no reduzca la actividad del hombre a un sistema cerrado, pero que canalice las posibilidades de acción a fin de que no se destruyan unas a otras. Y es de esta forma que surge el pensamiento político postmoderno, cuyas bases habían sido ya adelantadas por Hobbes cuatro siglos atrás, con una visión extraordinaria.

De la misma forma, en sus relaciones con el mundo, la capacidad del cálculo hace ver al hombre que mucho mejor podrá aprovechar la naturaleza

si su voluntad toma en cuenta las exigencias de los sistemas que rigen la vida natural. Y es así como surge el pensamiento ecológico, en el que hombre y naturaleza se engrandecen uno a otro: la acción ecológica del hombre sobre la naturaleza no le resta nada a ésta sino que la enriquece; y a su vez, el respeto de las exigencias ordenadoras de los ecosistemas no recorta la libertad del hombre sino que la hace más eficiente.

En consecuencia, el hombre crea órdenes y, al mismo tiempo, los pone permanentemente en cuestión, busca la libertad más grande posible y, al mismo tiempo, sabe que tiene que sujetarse a ciertas normas en la medida que permitan una coordinación que aumente su propia libertad; de lo que se deduce que, para ser más libre, cada hombre tiene que ponerse de acuerdo con los otros hombres.

De esta forma, el derecho deja de ser un orden impuesto desde arriba, sea por la naturaleza, por Dios o por la razón: ya no se trata de un orden predefinido sino de un orden continuamente replanteado. Esa permanente construcción y reconstrucción del derecho no está concebida como un proceso de aproximación dubitativa, vacilante, hacia un derecho ideal sino como una lucha entre diversas propuestas de obligatoriedad. Por consiguiente, no se trata de un proceso pacífico, puramente intelectual, sino que se constituye sobre la base de oposiciones, enfrentamientos y variaciones que llevan a imposiciones, transacciones, replanteamientos. El derecho crece desde abajo como una necesidad espontánea de orden que empieza a desarrollar su trama a partir de todos y cada uno de los puntos que la conforman; y todo hombre está comprometido en esta tarea penelópica de tejer, destejer y retejer la malla del derecho.

El derecho es siempre interpretado y reinterpretado una y otra vez en función de nuevos fines: las normas son leídas siempre de una forma nueva, transformadas y redireccionadas. Cada nueva situación activa representa una nueva interpretación del material anterior para adaptarlo a los nuevos fines y propósitos, para darle la significación que corresponde a los nuevos valores e intereses que quieren utilizarla. Es por ello que la historia de una norma o de una institución jurídica es una cadena de interpretaciones y de adaptaciones. Toda interpretación es una transfiguración. La vida del derecho —como quizá todo en la vida a secas— es fundamentalmente una contienda, una competencia, un conflicto de valores y una lucha por la interpretación de los ideales y de las ideas de acuerdo a los fines que se proponen como nuevos a cada instante.

El derecho teje primero una malla básica que regula las formas aceptables de comunicación a fin de que ésta sea productiva: éste es el papel de la ley. Pero el derecho es más que las leyes, de la misma manera como el juego de ajedrez es bastante más que sus reglas: el derecho está formado por las leyes, pero además por las conductas, los razonamientos, los convenios, los esfuerzos reci-

procos de persuasión y un sinnúmero de otras comunicaciones. Ahora bien, como la comunicación es permanente y se refiere a propuestas que por su misma naturaleza son variables, nada queda estático en el derecho, todo se transforma. Cada persona natural o jurídica —que llamaremos agente, porque se define por su capacidad de acción— pretende afectar al otro para obtener las mayores ventajas para sí mismo; ventajas que pueden ser materiales pero pueden también consistir en posibilidades de realización de ciertas aspiraciones axiológicas.

Esta capacidad de acción, esta participación creativa y muchas veces disruptiva de cada agente social es lo que llamamos libertad. Notemos que para lo que antes llamamos modelo racionalista, el derecho busca fundamentalmente el equilibrio: el desequilibrio es un defecto, es el resultado de la psicología egoísta y agresiva del hombre que tiene que ser “domada” por el derecho. En cambio, dentro del modelo agonal y comunicativo el desequilibrio forma parte constitutiva del equilibrio, la capacidad de desorden no es un mal sino un bien y es inherente a la posibilidad de orden: estamos siempre ante un equilibrio inestable. La libertad desequilibra y la razón organiza: esta dialéctica crea el equilibrio inestable. Y un equilibrio inestable está formado por movimientos, por fuerzas que se contraponen, en una palabra, está hecho de acción y de cambio. Por consiguiente, para esta manera de ver el fenómeno jurídico que he llamado agonal, la perspectiva histórica es fundamental para comprender el derecho, porque para ella el derecho es historia pura: no es una esencia sino un devenir.

¿Qué papel le corresponde a la Ética dentro de este panorama agonal? ¿Podemos ubicar en alguna parte de esta teoría del derecho a la justicia, a los valores, como lo hacen las teorías tradicionales? ¿O es que estamos ante una concepción amoral?

La teoría agonal del derecho incluye ciertamente una referencia axiológica, pero no en la forma tradicional. De ninguna manera se define al derecho como la simple aplicación social, con la ayuda de la coerción, de una axiología canónica: la finalidad del derecho no es la de constituirse en el brazo armado de una moral universal, canonizada por una religión o por un razonamiento filosófico o por una política pseudoimperial con pretensiones de validez absoluta y universal. Dentro de esa lucha jurídica por hacer prevalecer una interpretación sobre otra, los contrincantes van a utilizar valores como parte del argumento. Estos valores pueden ser previamente compartidos, pueden partir de un consenso pre-existente entre las partes. Pero también puede suceder que se trate de valores (o interpretaciones de valores) que no son aceptados por las otras partes: en este caso, los valores son fundamentalmente propuestas. Aquel que los esgrime se esforzará por lograr que la contraparte acepte su carácter de principio obligatorio; nunca podrá “demostrar” la vigencia del valor, pero podrá “persua-

dir" al otro de su bondad o de su conveniencia. De ahí la importancia de la distinción entre la lógica demostrativa, donde las verdades están establecidas de antemano y sólo se trata de demostrarlas probando la racionalidad lógica de las inferencias que es preciso hacer para llegar a la situación en la que se va a aplicar; y, de otro lado, la lógica persuasiva que no parte de un consenso previo —o cuando menos de un consenso cerrado y completo— sino que se esfuerza por crear ese consenso en el seno de la discusión tratando de convencer al otro de que su planeamiento tiene fuerza de principio axiológico.

=====

Resumiendo, a manera de conclusión, podemos decir que dentro de la concepción sustancialista del derecho, el tiempo no existe: el "verdadero" derecho es el derecho ideal y éste es universal e intemporal, está definido de una vez para siempre. Ya sea que identifiquemos el ideal con el mandato divino o con una naturaleza filosóficamente entendida, los valores que constituyen el mundo del Derecho Natural son perfectos desde su origen. Es verdad que la mente del hombre puede no alcanzar a comprender todos esos valores de una vez y requiere un proceso histórico de acceso a ellos a través del perfeccionamiento del conocimiento. Pero, mientras que el conocimiento del hombre respecto de los valores va cambiando, va haciéndose más completo, los valores mismos permanecen inmutables. Como se puede ver, la historia dentro de esta concepción no es sino la superación de un defecto de percepción; y siempre tiene un sentido —cuando menos como debe ser— de perfeccionamiento continuo: es una historia en una sola dirección.

Para la concepción moderna o racionalista del derecho, aun cuando ésta parezca integrar la idea de tiempo ya que admite el cambio según las circunstancias, en el fondo se trata de un tiempo circular que se reduce a una inmovilidad dinámica: todo está predeterminado por la razón, de modo que si las circunstancias cambian el derecho debe cambiar también de una manera perfectamente predecible y racionalmente calculable. Es como el movimiento de los planetas: hay una historia en la medida de que hay cambios en la posición de los astros; pero es posible en cualquier momento determinar su ubicación si se cuenta con los suficientes elementos de información sobre su dinámica. Y una historia que está toda prevista, no es historia; un tiempo circular excluye del tiempo al círculo.

El derecho entendido como conciliación agonal de perspectivas que se comunican competitivamente entre sí, recupera la historia en toda su dimensión. No solamente su concepción misma es producto de la Historia sino que la historia es, a su vez, un ingrediente fundamental de ella. Cada perspectiva puede ser cuestionada por otra perspectiva; y cada conciliación de perspectivas está

sujeta a su vez al ataque de otra perspectiva que amenaza desestabilizarla para reconstruirla. De esta forma, cada perspectiva presente fue alguna vez futuro y será después pasado. Nada permanece inmutable, todo cambia, todo se proyecta, se construye y se destruye: el derecho es un proceso de transformación constante de perspectivas.

No es que exista, entonces, una verdad que descubrimos solamente de a pocos y al tanteo gracias a la historia: no hay una verdad intemporal. Cada concepto de derecho es como una de las figuras que aparecen en el caleidoscopio cada vez que lo hacemos girar, tan estructurada y tan fútil, tan estable y tan efímera, ya que un nuevo giro la hará desaparecer para mostrar una nueva estructuración.

Es en este sentido que la historia se convierte paradójicamente en una condición del futuro: en vez de anclarnos en un pasado que ha perdido su historicidad y que pretende instaurarse como un presente eterno, la historia nos muestra que el pasado ya no existe, que estamos permanentemente obligados a inventar el futuro, que no podemos evadirnos de la responsabilidad de la creación y de la opción refugiándonos en un pasado hipostasiado. La historia tiene, ante todo, una función liberadora, como decíamos al inicio de estas reflexiones.

Sólo Dios está al margen de la Historia; y, como repiten diariamente los musulmanes, *la ilaha il Aláh*: no hay otro Dios que Dios. Ni el derecho ni la justicia ni ninguno de los productos culturales puede pretender alcanzar un atributo que sólo le corresponde a Dios en toda su grandeza: la eternidad.