

Leer o no leer, ésa es la cuestión*

MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS

Universidad de Zaragoza

«Hombre sin noticias, mundo a oscuras»

Oráculo manual y arte de prudencia,
Baltasar GRACIÁN

SUMARIO: 1. DE LA NECESIDAD DE UN CONTEXTO PARA EL TEXTO. 2. CONVICCIONES EPISTEMOLÓGICAS. 3. DE LA CREACIÓN A LA CREATIVIDAD JURÍDICA: EL COMETIDO DEL *ARS INVENIENDI* EN EL DERECHO.

1. DE LA NECESIDAD DE UN CONTEXTO PARA EL TEXTO

«Lee todo, pero con sentido crítico»

Conversación en la catedral, M. VARGAS LLOSA

Se atribuye a Oliver Wendell Holmes (jr.) una breve lección a algunos alumnos de leyes, «vuestra labor como abogados, les dijo,

* Este texto formó parte del Proyecto Docente defendido en una plaza de profesor titular de la Universidad de Zaragoza el pasado mes de noviembre de 2001. Agradezco aquí las consideraciones y sugerencias manifestadas entonces por la Comisión compuesta por los profesores Gregorio Peces-Barba, Juan Antonio García Amado, M.^a José Añón, Virginia Martínez Bretones y Joaquín Rodríguez-Toubes.

será ver la relación entre vuestro hecho particular y todo el marco del universo». Según Harold Berman, el juez sabía bien que, «sin un particular contexto universal, los hechos son enteramente precarios»¹.

De cuáles sean las fuentes más adecuadas para proveer de ese «contexto universal» se ha hablado, al menos, desde Platón. En el libro III de su República el rechazo a la poesía, fábula y por ello falsaria, es el favor al monopolio de la mentira de magistrados². La *Poética* de Aristóteles da, en cambio, amparo a la representación³. «El arte literario, decía él, es “más filosófico” que la historia, porque la historia se limita a mostrar “qué sucedió” mientras que las obras literarias nos muestran “las cosas tal como podrían suceder” en la vida humana»⁴. El discípulo «defiende la preservación de las artes literarias por la convicción fundamental de que la poesía comparte no sólo su objeto, sino también su método de investigación con las ciencias éticas. Al igual que la ética, la tragedia investiga la acción humana»⁵.

En cualquier caso, en el mundo antiguo la lectura fue privilegio reservado a la élite y así continuó hasta que el programa del humanismo se hizo praxis en la cultura occidental. Hablamos del siglo XIX, e incluso en algún caso XX, en época de mayor auge de las ideologías liceístas laicas de los estados nacionales burgueses. Hasta ahí el camino no había sido fácil. «El gusto por las letras, la filosofía y las bellas artes reblandece los cuerpos y las almas, asegura Rousseau [...]. El estudio gasta la máquina, agota el espíritu, enerva el coraje [...] es así como uno deviene cobarde y pusilánime, incapaz de resistir tanto a la pena como a las pasiones»⁶.

Todo lo cubre el «pérfido velo» de la cultura ilustrada. «Consideremos los horriblos desórdenes que la imprenta ha causado ya en Europa, juzguemos el futuro por el progreso que el mal hace de un día para otro; fácilmente puede preverse que los soberanos no tardarán en aplicar su celo en prohibir en sus Estados este arte terrible igual que

¹ BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, tr. M. Utrilla de Neira, México, FCE, 1996, p. 9.

² «Sólo a los magistrados supremos pertenece el poder de mentir, a fin de engañar al enemigo o a los ciudadanos por el bien de la República. La mentira nunca debe permitirse a los demás hombres [...]», «Los poetas y los autores de fábulas se engañan gravemente con relación a los hombres cuando dicen que los malos son dichosos en su mayor parte y los hombres de bien desgraciados; que la injusticia es útil en tanto que permanece oculta y, por el contrario, que la justicia es dañosa al que la practica y útil a los demás. Les prohibiríamos semejantes discursos y les prescribiríamos que en lo sucesivo dijeran lo contrario, lo mismo en verso que en prosa», PLATÓN, *La República o el Estado*, (libro III), 20.ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1990, pp. 97, 100 y 101.

³ ARISTÓTELES, *Poética*, 9, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

⁴ NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, tr. Carlos Gardini, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, p. 29.

⁵ BASTIDA, Xacobe, *El Derecho como creencia. Una concepción de la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 29.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques, «Prefacio al *Narcisse*», en *Oeuvres Complètes*, II, Gallimard, París, 1964, p. 966.

hicieron para introducirlo»⁷. Todo lo mueve el temor al fantasma de la corrupción, «propia de un yo complejo, presa del entramado que teje la cultura ilustrada»⁸.

Mal que le pesase a Rousseau, con el tiempo el canon de lectura se convirtió en tentación y señuelo de la sociedad política. Tan es así que, sólo retóricamente, se pregunta Sloterdijk «¿Qué otra cosa son las naciones modernas sino eficaces ficciones de públicos lectores que, a través de unas mismas lecturas, se han convertido en asociaciones de amigos que congenian?» A decir verdad, eso y no otra cosa es, para Sloterdijk, el humanismo burgués, «el pleno poder para imponer a la juventud los clásicos y para declarar la validez universal de las lecturas nacionales [...]. Naturalmente también la validez nacional de las lecturas universales»⁹.

Cuando la humanidad sólo había comenzado a acostumbrarse a vivir con los libros, previsiones algo agoreras dan ya por terminado el momento de mayor esplendor de la lectura. Como en tantos otros casos la cosa arranca de 1945. Los medios de comunicación de masas y las redes informáticas son hoy más que soportes de significados, nuevos fundamentos para la existencia. De tal modo que las sociedades actuales «sólo ya marginalmente pueden producir síntesis políticas y culturales sobre la base de instrumentos literarios, epistolares, humanísticos». Señal, y sigo con Sloterdijk, de que «la era del humanismo moderno como modelo escolar y educativo ha pasado, porque ya no se puede sostener por más tiempo la ilusión de que las macroestructuras políticas y económicas se podrían organizar de acuerdo con el modelo amable de las sociedades literarias»¹⁰.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur les sciences et les arts en Oeuvres Complètes 2*, Seuil, París, 1971, p. 67, nota.

⁸ BÉJAR, Helana, *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 97. Contra tal radicalidad roussoniana advierte la autora que «no hay que descartar que ese antiintelectualismo extremo fuera una provocación. De hecho, contra el relato de Rousseau de su iluminación antilustrada camino de la cárcel donde Diderot estaba preso, éste aclara que fue él quien aconsejó a Jean-Jacques escribir un ensayo incendiario para que ganara el premio de la Academia de Dijon. La respuesta negativa al tema del concurso (“Si el restablecimiento de las artes y las ciencias contribuye a purificar las costumbres”) pudo bien ser un truco, pero curiosamente coincidía con las convicciones de Rousseau», *Ibidem*, p. 98.

⁹ SLOTERDIJK, Peter, *Normas para el parque humano. Una respuesta a la Carta sobre el humanismo de Heidegger*, tr. T. Rocha Barco, Siruela, Madrid, 2000, pp. 25 y 27, respectivamente.

¹⁰ SLOTERDIJK, Peter, *Ibidem*, pp. 28 y 29. Si bien se mira, se aprecia una notable afinidad entre las tesis, algo sombrías, de Sloterdijk y Luhmann respecto al humanismo y el provenir de la ilustración (con minúsculas). Según Luhmann «en el siglo de la educación los pedagogos incluyen esta prospección en sus tareas propias: de generación en generación mejores hombres, luego mejor educación, luego mejores hombres. Pero también este mundo ha desaparecido». Próximo, muy próximo, dice Sloterdijk: «el humanismo tanto en el fondo como en forma [...] supone el compromiso de rescatar a los hombres de la barbarie [...] su tema latente es, pues, la domesticación del hombre; su tesis latente: una lectura adecuada amansa». Cfr., respectivamente LUHMANN, *Observaciones de la Modernidad. Racionalidad y contingencia en la*

Pero eso, aun discutible ¹¹, no empaña las esperanzas que tenemos depositadas en la lectura. Un insigne administrativista ha dicho que «con un solo libro se puede formar un buen jurista» ¹². No alcanzo a adivinar de qué libro pueda tratarse, imposible un manual, por bueno que sea. La lectura se nos hace imprescindible. Y no es sólo porque todo aspirante a jurista debe, en esta etapa, adquirir una «capacidad de construcción verbal» cuyo grado de precisión dependerá, en buena medida, de los libros ¹³. Ése sería motivo bastante, pues «encontrar las palabras oportunas en el momento oportuno es acción» ¹⁴. Pero hay algo más, de nuevo una convicción epistemológica.

2. CONVICCIONES EPISTEMOLÓGICAS

Nuestros pensadores, los occidentales, han imaginado el comprender de dos formas bien distintas. O a la manera de Platón y Descartes que culminaría en Spinoza. O a la manera de Nietzsche. La primera «siempre caracterizó el conocimiento por el logocentrismo, la semejanza, la adecuación, la beatitud, la unidad». En la de Nietzsche, el entender es «la forma misma en que se nos hacen perceptibles a un tiempo las tres cosas (denostadas por Spinoza), un resultado de esos impulsos distintos y contradictorios que son los deseos de burlarse, de deplorar y de detestar» ¹⁵.

Para Nietzsche no sólo no es verdad que *intelligere* se opone a *ridere*, *lugere* y *detestari*, como dejó dicho Spinoza, sino que se trata precisamente de lo contrario. *Intelligere*, comprender, vendría a ser el resultado de cierta composición o compensación de las tres pasiones. Ni habría conocimiento absoluto y consciente, ni en su raíz nada parecido a la felicidad o al amor, sino más bien a un enfrentamiento de impulsos encontrados. También Foucault lo ve así cuando dice: «el

sociedad moderna, tr. C. Fortea, Paidós, Barcelona, 1997, p. 153, y SLOTERDIJK, *Normas para el parque humano*, pp. 31 y 32.

¹¹ A buen seguro que a otros autores eso sonaría a precipitado réquiem. Pennac, por ejemplo: «¿El siglo XX demasiado “visual”? ¿El XIX demasiado descriptivo? ¿Y por qué no el XVIII demasiado racional, el XVII demasiado clásico, el XVI demasiado renacentista, Pushkin demasiado ruso y Sófocles demasiado muerto? Como si las relaciones entre hombre y libro necesitaran siglos para espaciarse», Daniel PENNAC, *Como una novela*, J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1993, p. 33.

¹² FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces* (en colaboración con Alejandro Nieto), Ariel, Barcelona, 1998, p. 205.

¹³ Ésa es una de las preocupaciones pedagógicas que el profesor Juan Ramón CAPELLA transmite en *El aprendizaje del aprendizaje. Fruta prohibida. Una introducción al estudio del Derecho*, Trotta, Madrid, 1995, p. 55.

¹⁴ ARENDT, Hannah, *La condición humana*, tr. Ramón Gil Novales, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 39 y 40.

¹⁵ NIETZSCHE, Friedrich, *La gaya ciencia*, tr. Luis Díaz Marín (§ 333 Qué significa conocer), ME Editores, Madrid, 1994, p. 201

conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado [...], sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento»¹⁶.

Quizá en la base de esa discrepancia lo que haya es un olvido y es que «bajo las condiciones de la modernidad ningún conocimiento es conocimiento en el antiguo sentido del mismo, donde “saber” es tener certeza, y esto se aplica por igual a las ciencias sociales y a las ciencias naturales»¹⁷. Acaso por ello, con el tino de Hannah Arendt sea preciso discernir entre «pensamiento y cognición (que) no son lo mismo»¹⁸. El primero emparenta la filosofía con el arte, «carece de fin u objetivo al margen de sí, y ni siquiera produce resultados»¹⁹. En cambio, a través del segundo, convenientemente almacenado, llegamos a las ciencias, porque el conocimiento es un proceso que finaliza cuando persigue y alcanza los objetivos definidos. Por su parte la actividad de pensar, cosa de la literatura tanto como de la filosofía, «es tan implacable y repetida como la vida misma, y la cuestión de si el pensamiento tiene algún significado constituye un enigma tan insoluble como el de la vida; sus procesos impregnan de manera tan íntima la totalidad de la existencia humana que su comienzo y final coinciden con los de la vida del hombre»²⁰.

Pues bien, y si así es, ¿por qué no enriquecer la perspectiva como lo hicieran el propio Radbruch²¹ o Carbonnier²²? Aunque pocos casos

¹⁶ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, tr. Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 26 y 30.

¹⁷ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, tr. A. Lizón Ramón, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 47.

¹⁸ ARENDT, Hannah, *La condición humana*, op. cit., p. 187.

¹⁹ ARENDT, Hannah, *Ibidem*, p. 187.

²⁰ ARENDT, Hannah, *Ibidem*, p. 188. Podemos dudar del significado del pensamiento pero no del mal que provoca su ausencia. Saturado de tristeza, dice Primo Levi: «Si pudiese encerrar todo el mal de nuestro tiempo en una imagen, escogería esta imagen, que me resulta familiar: un hombre demacrado, con la cabeza inclinada y la espalda encorvada, en cuya cara y en cuyos ojos no puede leerse ni una huella de pensamiento», LEVI, Primo, *Si esto es un hombre*, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, p. 17.

²¹ El propio Radbruch, maestro más que profesor, tenía por «justo reconocer que los testimonios de los poetas acerca del Derecho son, no pocas veces, de mayor peso y fuerza probatoria que los de los especialistas en Filosofía del Derecho, por la sencilla razón de que tienen raíces existenciales más profundas que se hallan no sólo en el pensamiento, sino en toda la personalidad». Tras el elogio, no puede sorprender que el propio Radbruch dedicara un espacio a las enseñanzas que la literatura está en condiciones de brindar a los juristas, y no sólo porque el Derecho sea uno de sus temas frecuentes, también porque la literatura palía «la abstracción de los rasgos esencialmente humanos de la llamada objetividad jurídica». GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., tr. Wenceslao Roces, FCE, Madrid, 1974, pp. 144-152.

²² Nada como la intuición (y la experiencia) de Balzac para descubrir y describir lo inescrutable de una relación jurídica como la deuda y la situación por la que atraviesa el deudor. O, ¿quién mejor que Camus con su *Extranjero* o Koestler con *El*

se han dado de lo contrario, el propio Stendhal confesaba en una de sus cartas a Balzac que «mientras estaba escribiendo la *Cartuja*, para adquirir el tono correcto, leía de vez en cuando unas pocas páginas del Código Civil». Nadie sostiene que el Código Napoleónico sea una «obra maestra en el arte de la expresión literaria que un novelista deba tomar como modelo. Pero una ley de uso diario y extendido si ha de cumplir su función tiene que ser esmeradamente puntual en lo que enuncie: no ha de contener ni un vocablo superfluo, ni ha de faltarle ninguno indispensable, a fin de no dar pie a equívocos o ambigüedades»²³.

Aprovechemos la afinidad lingüística y discursiva de la literatura y el Derecho. Añadamos a las lecturas técnico-jurídicas y ensayos sociológicos, fundamentales en nuestra disciplina, una selección de obras literarias²⁴. Y no sólo por el entrenamiento que reporte al estudiante, dadas «las analogías existentes entre la interpretación de una obra literaria y la de un texto jurídico»²⁵. Inclusive a los teóricos dice Aarnio²⁶ o a los abogados, según Dworkin, a quienes «les vendría bien estudiar interpretaciones literarias [...] para mejorar la comprensión del Derecho»²⁷. Pero, aunque no es poco hay algo más, y es que «la buena literatura es perturbadora de una manera en que rara vez lo son la historia y las ciencias sociales». Se trata de aprovechar

zero y el infinito para dar testimonio de «la angustia del siglo frente a un Derecho penal que la razón no parece ya comprender»? Tal vez la reflexión interesada de Jean CARBONNIER en su *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, tr. Luis Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 140, 141, 290 ó 293, entre otras.

²³ FUSTER, Joan, *Stendhal. Rojo y Negro*, Nauta, 1969, Barcelona, p. 15.

²⁴ Sin perjuicio de que posteriormente se tratará la cuestión con mayor detalle, adelanto aquí que el estudio de esas obras se llevaría a cabo opcionalmente y en seminarios (lo que en nuestra jerga se denomina prácticas no periódicas). Mi experiencia como alumna en un seminario de «Literatura y Derecho» en quinto curso de licenciatura coordinado por el profesor Jesús Ignacio Martínez García (que, a su vez, tomó el testigo del profesor Gil Cremades) fue, créanlo, apasionante. En realidad su utilidad fue la que me decidió a darle continuidad en cuanto mi condición de docente me lo permitió. En mi caso los alumnos cursaban Derecho Natural (hablo de cuando la asignatura Derecho Natural existía como tal y era anual), lo cual añadió, si cabe, un mayor entusiasmo.

²⁵ ATIENZA, Manuel, «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Claves de la razón práctica*, núm. 86 (1998), p. 40.

²⁶ Para Aarnio «cuando se reúnen todas las semejanzas y factores de diferenciación, lo que queda es la semejanza *estructural* entre la interpretación de una novela y la jurídica. La presencia de ambigüedad semántica [...] es típico de ambas; han de tolerarse diversas reconstrucciones alternativas (y porque...) creo que las ontologías de la interpretación jurídica y la interpretación jurídica tienen algo en común [...]. La teoría de la interpretación de una novela parece ofrecer varias ideas nuevas a la teoría jurídica», AARNIO, Aulis, «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica», *Doxa*, núm. 4, (1987), p. 117.

²⁷ «Quiero utilizar la interpretación literaria como modelo para el método fundamental de hacer análisis jurídico», DWORKIN, Ronald, «Cómo el Derecho se parece a la literatura», en Ronald Dworkin y Herbert L. A. Hart, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, trs. Magdalena Holguín y Juan Manuel Pombo, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 148, 143 y 165, respectivamente.

el impulso de conocimiento ínsito en las buenas obras, consistente en «la interacción entre las aspiraciones generales humanas y ciertas formas particulares de la vida social que alientan o frustran dichas aspiraciones, modelándolas en el proceso»²⁸. El objetivo es acercarse al estudiante a «formas persistentes de necesidad y deseo humanos encarnadas en situaciones sociales específicas»²⁹. En el fondo, una táctica más de acercarse a lo complejo de lo real. Porque somos todos iguales, dice la ley, pero todos humanos y, por tanto, todos diferentes, una comunidad de excepciones.

Un seminario de Literatura y Derecho³⁰ puede ser la ocasión propicia para reflexionar sobre la actitud del alumno en el aula. «¿En qué se convierte un cuerpo en un aula si ya no tiene la coartada del boli y de la hoja en blanco? ¿Qué hacer con uno mismo en una circunstancia semejante?»³¹. Un grupo de estudiantes de Derecho compartiendo lecturas, además de desafiar la inercia, realizan un acto de creación y recreación permanente y, por tanto, de pensamiento. Sin ser lo más habitual, no faltan selecciones y ensayos literarios de intelectuales europeos³² y americanos dispuestos a proyectar las «sombras de la historia»³³, la épica revolucionaria y un «vasto abanico de conductas y morales» a través de la «protoplasmática diferencia de casos individuales»³⁴ capaces de provocar emociones, humildad, comprensión y, en última instancia, neutralidad. Entre las

²⁸ NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, op. cit., pp. 30 y 32. Desde una realidad profundamente distinta a la de Ilya Ehrenburg, Martha Nussbaum parece partir de un convencimiento (o quizá haber llegado a él) bien parecido al que ese autor manifiesta en su autobiografía *Los hombres, los años, la vida*, a saber, «que la literatura no modifica el orden establecido, pero sí a los hombres que lo establecen».

²⁹ NUSSBAUM, Martha, *Ibidem*, p. 32.

³⁰ El cine resulta demasiado tentador como para no incluirlo, siquiera en pequeñas dosis. La fascinación casi hipnótica de imágenes y palabras no debe ser desaprovechada. En el seminario del que hablé con anterioridad, en colaboración con el profesor Andrés García Inda, se proyectaron películas como *El juicio de Nuremberg (Vencedores o vencidos)* de Stanley Kramer, *Delitos y faltas* de Woody Allen o *Ciudadano Bob Roberts* de Tim Robbins con resultados magníficos respecto al interés y la participación de los alumnos.

³¹ PENNAC, Daniel, *Como una novela*, op. cit., p. 106.

³² En nuestra propia disciplina el profesor Capella hace sus propias recomendaciones «para adquirir el hábito de leer» y, en primer lugar, está la narrativa. Cfr. Juan Ramón CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje*, pp. 108 ss.

³³ Para Magris la literatura es «la sombra de la historia». Su colección de artículos *Utopía y desencanto* revela cómo la literatura, como utopía, puede ser buena guía para exposición de las contradicciones y necesidades humanas. Para ello añade a las lecciones de clásicos como *El Quijote*, *Antígona*, *Fausto* (el de Goethe), *La educación sentimental*, *Los hermanos Karamazov*, las de autores casi desconocidos como Ippolito Nieva o Johan Turi. Cfr. MAGRIS, Claudio, *Utopía y desencanto. Esperanzas e ilusiones de la Modernidad*, tr. J. Antonio González Sainz, Anagrama, Barcelona, 2001.

³⁴ Así, se refiere Vargas Llosa a la obra de Shakespeare, Balzac y Tolstoi, respectivamente, pero les dedica un detenimiento mucho mayor. VARGAS LLOSA, Mario, «Un héroe de nuestro tiempo», en BERLIN, Isaiah, *El erizo y la zorra*, tr. C. Aguilar, Muchnik Editores, Barcelona, 1998, pp. 26 y 27.

elegidas, nunca falta alguna obra de Kafka como *El Proceso*, *La colonia penitenciaria* u otras, donde por medio de la parábola «se intentan explicar, en todos y cada uno de sus aspectos, los misterios que entraña el poder, tan sólo entrevistados en la desazón del individuo sometido»³⁵. En puridad se propone una metonimia, pues con la lectura siempre provechosa de Kafka se procura investigar sobre el lugar o «el no lugar de la Ley»³⁶.

De todos modos, acéptese como ejemplo la experiencia de Cardozo: «Me sentí muy perturbado, en mis primeros años de práctica, al descubrir cuán inexplorado era el océano al que me había lanzado. Buscaba certidumbre. Sentí abatimiento y desánimo al comprender que esa búsqueda era fútil. Trataba de llegar a tierra, la tierra firme de las reglas fijas y establecidas, el paraíso de una justicia que con sus señales se manifestara más clara e imperiosa que sus tenues y fluctuantes reflejos en mi mente y mi conciencia vacilantes. Descubrí con los viajeros del *Paracelso* de Browning que “el verdadero” cielo está siempre más allá»³⁷.

En realidad, todo gravita en torno al cultivo de la prudencia como virtud de la inteligencia práctica más importante en jueces y demás juristas³⁸. Dice el profesor Atienza, y así nos parece, que «la prudencia es una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo»³⁹. Pero esa síntesis no llega sola, requiere imaginación, o, por mejor decir, requiere de los dos aspectos de la imaginación: el estético y el ético. El primero es la invención y quien inventa encuentra, compone y aumenta las posibilidades de lo dado. El segundo, el moral, es el redondeo de la compasión y la serenidad⁴⁰, algo así como dejar de ser uno mismo para ser el otro el tiempo que dura comprender.

³⁵ Así de sugerente es, en su totalidad, el libro de Carlos EYMAR *El funcionario poeta. Elementos para una estética de la burocracia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 186.

³⁶ «Kafka o le non-lieu de la loi» es el título del brillante artículo que Antoine Garapon dedica al papel del Derecho en la obra de Kafka, *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, núm. 28 (1992), pp. 1-18.

³⁷ CARDOZO, Benjamín, *The Nature of the Judicial Process*, Nueva York, 1921, pp. 166 y 167.

³⁸ Gracián no hace distinciones por ocupaciones respecto a la importancia de la prudencia, que entiende como aciertos del vivir. Sin embargo, nos parece que sirve en mucho al jurista, por ejemplo, para que en su decisión «no sea de la primera impresión». Para que no le pase como a aquellos que se quedan con la primera información. «Ni la voluntad con el primer objeto, ni el entendimiento con la primera proposición se han de llenar, que es cortedad de fondo [...]. Quede siempre lugar a la revista: guarde Alejandro la otra oreja para la otra parte, quede lugar para la segunda y tercera información», Baltasar GRACIÁN, *Oráculo manual y arte de prudencia*, Plaza & Janés, Barcelona, 1986, pp. 450 y 451.

³⁹ ATIENZA, Manuel, «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰ El profesor Atienza aborda esta cuestión con mayor detalle, *Ibidem*, pp. 139 y 40.

3. DE LA CREACIÓN A LA CREATIVIDAD JURÍDICA: EL COMETIDO DEL *ARS INVENIENDI* EN EL DERECHO

«Recuerdo haber leído, en un escrito de Thomasio, que ningún jurista, tampoco el práctico, puede prescindir de una buena dosis de fantasía.

Esa fantasía, dice, es necesaria para imaginar los extraños *casus iuris*.»

Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum.

Rudolf von Ihering.

Este apartado bien hubiera podido titularse: Más sobre la imaginación. Con anterioridad nos hemos deshecho en halagos a la lectura, y si nuestro énfasis no se reducía al tratamiento de libros técnico-jurídicos, filosóficos o sociológicos es porque, con el profesor Martínez García, creemos que «hoy día epistemologías tolerantes reemplazan la idea clásica de una realidad única por una multiplicidad de versiones del mundo igualmente válidas que coexisten y se interrelacionan, quebrándose la oposición rígida entre fáctico y ficticio»⁴¹.

La imaginación, como antítesis de la réplica, es un modo de pensamiento ni contrario ni subalterno al científico⁴² y tiene, a mi entender, un espacio nada desdeñable en la praxis y la teoría jurídica. La hermenéutica, la integración y la ficción no se conciben sin ella. Sabemos que este planteamiento desafía algunos de los presupuestos, o mejor tópicos, de los que se ha venido sirviendo nuestra cultura hasta hace bien poco. Y, sin embargo, hace mucho, mucho tiempo, en realidad desde siempre, la imaginación ha sido parte del acervo de los juristas, eso sí, ni del mismo modo ni en la misma medida.

Con la lucidez de Pietro Costa y Riccardo Orestano no será difícil corroborarlo. La labor de los juristas medievales con los textos romanos, por ejemplo. Ninguno de ellos pudo obrar con normas de un sistema que conociera. Más bien tuvo que «sacudir» el texto recibido para adaptarlo, al interpretarlo reelaboró un discurso. Así fue como dilató el campo semántico de instituciones como el *dominium* o la *iurisdictio*. De lo que llegó a sus manos salió el «propio discurso del saber». Lo que incorporó al texto «no reflejaba un mundo ya dado, sino que construía un mundo nuevo, construía lo que los semióticos (y los lógicos) llamarían un *mundo posible*». En realidad tuvo que «imaginar el texto»⁴³. Pues «es un hecho que los medievales se encontraron con el

⁴¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 79.

⁴² Sostenemos tal opinión toda vez que «los estudios de los escritos científicos apuntan a la presencia de la retórica y la imagería en el quehacer de la investigación científica», ALEXANDER, Jeffrey C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, tr. Celso Sánchez Capdequí, Anthropos, Barcelona, 2000, p. 1.

⁴³ COSTA, Pietro, «Discurso jurídico e imaginación: Hipótesis para una antropología del jurista», en Petit, Carlos (Ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 176, 179 y 180.

testimonio de un mundo –y tuvieron que trabajar con él– que había mirado la problemática jurídica con ojos diferentes a los suyos»⁴⁴. En otras palabras, «el *Corpus Iuris* procedía de un hábito mental que ya no correspondía a sus nuevos condicionamientos culturales»⁴⁵.

Tiempo después no hubiera habido teorías contractualistas sin un imaginado contrato. Así, la *fictio iuris* es pura técnica en manos de Hobbes donde no hay mentira porque no hay engaño, ni hipótesis porque nada hay que verificar. Pero «la ficción no es, a los ojos del profesor Martínez García, una herramienta ocasional del jurista como se ha creído casi siempre: está presente en la misma trama de su discurso»⁴⁶. El estado de naturaleza o el pacto social, tan bien racionalizado, de Hobbes; la *Grundnorm*, más ficticia que presupuesta, del último Kelsen o el *contrato hipotético* de la *Teoría de la justicia* de Rawls⁴⁷, por citar un representante actual del contractualismo, tan querido a la tradición filosófica y política liberal⁴⁸. Ésas son ilustres muestras de nuestra tesis.

Pero retomemos el hilo histórico de nuestra ciencia en busca de más ejemplos. Como dice Costa, hablar de una dimensión imaginativa en el discurso del saber jurídico de la iuspublicística de corte lógico-positivista en la Italia o Alemania de finales del XIX podría sonar a provocación, creemos que no exagera. Lo cual no significa que quede descartada la imaginación, bastará con mirar en otra dirección: es tiempo para la metáfora en la definición misma del objeto teórico⁴⁹. «La representación del Estado [...] aparece continuamente suspendida entre un análisis puramente “jurídico” y un continuo, disimulado pero operante, retorno del mito (porque) la iuspublicística no describe el Estado como el resultado objetivo de una serie de normas simplemente constatadas, sino que *construye* el Estado [...] a través de una tupida red de metáforas (sobre todo la metáfora organicista) y lo retiene dentro del círculo mágico del mito»⁵⁰.

⁴⁴ ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del Derecho Romano*, tr. M. Abellán, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1997, p. 170.

⁴⁵ ORESTANO, Riccardo, *Ibidem*, p. 171.

⁴⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, op. cit., p. 72.

⁴⁷ Me remito a MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *Iidem*, pp. 71 a 91 *in totum*.

⁴⁸ GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de Filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 30 ss.

⁴⁹ El profesor García Amado enseña que «la doctrina jurídica difícilmente puede trabajar sin metáforas. La esencial incorporeidad del Derecho, su condición de realidad pensada, de constructo intelectual, de “cosa hecha con palabras”, requiere recurrir a la metáfora para ver en imagen [...] lo que sólo puede funcionar y ser operativo como idea. Pero la imagen refuerza la idea y hasta la determina en su modo de configurarse en cada momento». Pero el propio García Amado también alerta de los peligros del uso de la metáfora en Derecho, «el problema se plantea, dice, cuando la metáfora lo es de una quimera» e ilustra su tesis con algún caso en que la metáfora lo ha sido «con ribetes de imposible», «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez?», *Defensa de la ley frente a otros valores y principios*, *AFD*, vol. XIII (1996), pp. 67 y 68.

⁵⁰ COSTA, Pietro, «Discurso jurídico e imaginación: Hipótesis para una antropología del jurista», pp. 181 y 182.

Alexander va más allá y hace extensible la referencia al mito en toda teoría social, dada la permanente transitoriedad del mundo. El autor está seguro de que, «a pesar de que no tenemos una verdadera idea del alcance de nuestras posibilidades históricas, toda teoría del cambio social debe teorizar no sólo sobre el pasado, sino también sobre el presente y el futuro. Podemos hacer tal cosa sólo bajo una forma no racional, en relación no sólo a lo que sabemos, sino también a lo que creemos, esperamos y tememos»⁵¹.

En su continua descripción de la prescripción, la del Derecho dicho y la del no dicho, el jurista «imagina el Derecho». No se dice que entre las virtudes del buen jurista esté la de buen zahorí. Se dice que en sede interpretativa el jurista inmerso en el Derecho lo conoce y lo recrea. Pues, «cualesquiera que fuesen las teorías hermenéuticas sostenidas [...] la clase profesional de los juristas no se ha limitado a constatar, a registrar “el derecho que es”, sino que se ha continuamente lanzado a prefigurar, imaginar, recomendar “el Derecho que no es”, mientras la teoría del carácter “descriptivo” y “meramente aplicativo” de la interpretación jurisprudencial no funcionaba en absoluto como sujeción efectivamente operante para su cotidiana actividad profesional»⁵².

Desde hace algún tiempo y hasta hoy, como en un dilatado presente, varios estudiosos han avistado cambios en el paradigma o un cambio de paradigma⁵³. El modelo de conocimiento basado en series lógicas de oposiciones binarias realidad/ficción, ciencia/arte o conocimiento/imaginación resultaría ya demasiado precario. El «paradigma lógico-positivista o, simplemente, cientifista»⁵⁴ de la Modernidad consolidó en su día, para todo tiempo, una oposición, casi como un *a priori*. A saber, un análisis, todo análisis, se adscribe, necesariamente, o bien a una teoría fuerte del conocimiento científico o bien a una teoría débil de la subjetividad. El mundo de los hechos, la objetividad y la lógica del primero velan por el conocimiento verdadero con la arrogancia epistemológica que otorga lo axiológicamente superior.

En ese modelo, «el discurso jurídico se anunció como un discurso de saber directamente productor de verdad. El discurso jurídico, como cualquier otro tipo de saber, en la medida en que respete los *standars* de descriptividad, falta de valoración, rigurosa consecuencialidad, objetividad, impersonalidad, abstracción, generalidad, es un discurso que se considera capaz de captar, sin mediaciones ni incertidumbres,

⁵¹ ALEXANDER, Jeffrey C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, op. cit., p. 60.

⁵² COSTA, Pietro, *Ibidem*, p. 185.

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, tr. C. Bernal y M. García Villegas, Ediciones Uniandes, Santa-fé de Bogotá, 1998, p. 272. Dicho por él mismo, la tesis central de su libro es la crisis del paradigma de la modernidad (cfr. p. 8), denominador común, por otra parte, de buen número de postmodernos.

⁵⁴ COSTA, Pietro, *Ibidem*, p. 165.

la realidad, la realidad del Derecho, el derecho como “realmente” es»⁵⁵. Sin embargo, el Derecho es, en esencia, prescripción y no hay prescripción falsa o verdadera porque no hay modo de contrastarla con la verdad o falsedad misma. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Pero eso no es todo. La terna característica del cientifismo triunfante: la elección de lo global como mejor nivel para conocer y organizar; la convicción de que su conocimiento y organización suponen victorias sucesivas sobre la irracionalidad y el desorden y la consagración, en fin, de la generalidad, la abstracción, la racionalidad, la planificación y la funcionalidad como sus principales valores⁵⁶ ha devenido inoperante. El paradigma, más o menos desquiciado, comienza a alterarse sin alharacas en los ochenta⁵⁷. Llámese a ello postmodernidad o no, se prefiere y antepone lo particular, lo micro, lo subjetivo, lo lúdico, y así el caso aventaja al sistema, al tiempo que la complejidad crece. Ahí, entretejiéndose, descubrimos «una red de sujetos donde se combinan varias subjetividades correspondientes a las distintas formas básicas de poder que circulan en la sociedad. Somos un archipiélago de subjetividades que se combinan de manera diferente bajo múltiples circunstancias personales y colectivas»⁵⁸.

Esos factores, para algunos perversos, provén a lo jurídico de efectos contundentes. Arrastrando una crisis como una carga de profundidad, el Derecho es y ha sido tratado «cada vez menos como un cuerpo coherente, un organismo, un *corpus iuris*, y cada vez más como una mezcolanza, como una masa fragmentada de decisiones *ad hoc* y de reglas en conflicto, unidas sólo por técnicas comunes»⁵⁹.

Hoy, en un mundo de posibilidades abiertas, cuando se detecta un problema político, de coordinación e incluso técnico o sanitario, la sociedad parece decir: Derecho, urgente. Pero, en muchos casos, Derecho hay más que bastante. Es más, ya hemos sugerido que una de las crisis que como herida abierta debilita al Derecho es la «admi-

⁵⁵ COSTA, Pietro, *Ibidem*, p. 167.

⁵⁶ Ésa es la descripción, algo condensada, de Antonio Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Publicações europa-américa, Lisboa, 1997, p. 246.

⁵⁷ En realidad ya para entonces había conocido alteraciones. Quienes con mayor detalle se ocupan de las etapas distinguen cuatro períodos teóricos e ideológicos en el pensamiento social de postguerra: la teoría de la modernización y el liberalismo romántico; la teoría de la antimodernización y el radicalismo heroico; la teoría de la postmodernidad y el distanciamiento irónico; y la fase emergente de la teoría de la neomodernización o reconvergencia, que parece combinar las formas narrativas de cada una de sus predecesoras en el escenario de postguerra», ALEXANDER, Jeffrey C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, op. cit., p. 61.

⁵⁸ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, op. cit., p. 127.

⁵⁹ BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, op. cit., p. 49.

nistrativización de la ley» que trae causa de la imposición de la lógica intervencionista del Estado social y que ocasiona, fundamentalmente, dos resultados. Uno: la legislación pierde su carácter general, con lo que «el espacio de la decisión ya no corresponde a la representación general, sino que debe ser compartida por los intereses concretos implicados, a los que, desde la óptica garantista individual, es necesario integrar en el procedimiento»⁶⁰. Dos: «la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias». Habiéndose notado en todos los países el mismo fenómeno⁶¹.

Todo apunta a la conveniencia de un imperativo creativo en la labor del jurista en su continuo conservar e innovar, ante la profetizada pujanza del Derecho no dicho⁶². En una aproximación, algo tosca, a la cuestión podría resultar paradójico o *iusnaturalista* hablar de Derecho no dicho, pues, se dice por escrito. Tras esa primera lectura, la segunda apunta a que Derecho no dicho es, por definición, el caso de la laguna jurídica. Pero, aún más, Derecho no dicho es el no hecho explícito, Derecho implícito al fin. Y es que hasta cuando el Derecho guarda silencio lo sigue siendo. Y si alguien duda de «la relevancia de la noción de Derecho implícito para la teoría de las fuentes que piense en la cantidad de veces que los juristas hacen uso indirectamente de la misma»⁶³. Qué jurista no incluye en su repertorio más habituales frases como éstas o parecidas: «en conclusión, habrá de incluirse en la norma el supuesto...», «entendiendo tácitamente comprendido en dicho artículo el caso...» Y si de algún tipo de normas puede hablarse, cuando de lo implícito se trata, es de los principios. «Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa»⁶⁴. En ese decir el Derecho, donde al método tradicional le cuesta encontrar su hueco, hay mucho de la cosecha del jurista.

De hecho, cada vez parece mayor el eco de las teorías y autores que entre la maraña legislativa abren paso a los principios. Se comparten

⁶⁰ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, p. 95.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 47 y 55.

⁶² La creatividad... de nuevo, de algún modo tras las huellas de la literatura, probablemente porque, menos ella, todo en nuestro entorno vive en la era postindustrial. Lo dice y le creemos uno de los personajes de la novela de J. José MILLÁS, *Dos mujeres en Praga*, Espasa-Calpe, Madrid, 2002.

⁶³ AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 130.

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Ley, principios, derechos*, Instituto Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1998, p. 50, y *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.

o no planteamientos como los de Dworkin ⁶⁵, Alexy ⁶⁶, o, en nuestro país, García de Enterría ⁶⁷, los principios generales del Derecho son hoy un importante catalizador para el ordenamiento además de una puerta abierta a la creatividad.

El despliegue normativo del que el Estado se ha demostrado capaz no es insuficiente, sino más bien inapropiado para afrontar por sí solo los desafíos a los que el Derecho actual debe dar remedio. Que ésta no sólo provenga de la cantidad, sino de la calidad y adecuación es la aportación que se espera de la creatividad del jurista, cuyo conocer se vuelca en su actividad, operativa por excelencia, proveer soluciones ajustadas. Y aunque sea hoy más preciso que nunca, no es de ahora, pues viene de lejos, que «no es posible escribir las leyes de tal manera que comprendan todos los casos que pueden acontecer; basta determinar aquellos que ordinariamente suelen suceder. Y si otros acaescieran que no tengan ley que en propios términos los decida, no es el Derecho tan falto de reglas y principios, que si el juez o el abogado tiene buen entendimiento para saber inferir, no halle la verdadera determinación y defensa, y de dónde sacarla. De suerte que si hay más negocios que leyes, es menester que en el juez o en el abogado haya mucho entendimiento para hacerlas de nuevo, y no de cualquiera manera, sino que, por su buena consonancia, las reciba sin contradicción el Derecho [...] .Los legistas que alcanzan tal ingenio y habilidad no se deben llamar *letrados*. Porque no construyen la letra ni están atenidos a las palabras formales de la ley, antes parecen legisladores o jurisconsultos a los cuales las mismas leyes están pidiendo y derterminando qué es lo que han de determinar» ⁶⁸.

Pero no sólo del práctico, también del teórico se aguardan respuestas. Y no es nada fácil, vendría a decir Orestano. La creatividad «distingue la grandeza de un jurista y da su medida, tanto más grande cuanto más sepa dar libre vuelo a su fantasía. Existen, luego, los que tienen que contentarse con realizar “variaciones sobre el tema” o con volver a pintar el mismo cuadro cambiando colores y tonalidades» ⁶⁹.

⁶⁵ Ronald DWORKIN desarrolla, en lo fundamental, su tesis sobre la superioridad de los principios en el sistema de normas jurídicas en *Los derechos en serio*, tr. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

⁶⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. E. Garzón, CEC, Madrid, 1993, y *El concepto y la validez del Derecho*, tr. J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

⁶⁷ De la obra en que este autor se ocupa del poder de los principios destacamos *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, y *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, op. cit., y en colaboración con Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Civitas, Madrid, 1997.

⁶⁸ HUARTE DE SAN JUAN, Juan, *Examen de ingenios para las ciencias*, Cátedra, Madrid, 1989, pp. 473 y 474.

⁶⁹ ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del Derecho Romano*, op. cit., p. 456.