

# Aporías del Derecho

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

Universidad de Cantabria

No deja de ser chocante que el saber jurídico, pragmático y practicable, se descubra en momentos de lucidez como pensamiento de la aporía. El derecho aparece como uno de los lugares en los que se impone la aporía. El jurista, asediado por sus múltiples figuras, no cesa de debatirse en ella.

La aporía –literalmente ausencia de camino o camino sin salida– es lo que no puede resolverse; todo lo más cabrá reducir su perfil problemático. Malas noticias para un jurista empeñado en solventar problemas pero irremediablemente convertido en personaje aporético. Tendrá que problematizar lo que es para él un problema y una solución. Pero la aporética, incapaz de eliminar los problemas, no lleva al escepticismo sino a preguntarse cómo convivir con ellos. El pensamiento no se embrolla hasta el punto de verse obligado a desistir de sus pretensiones. Se desquitará incluso de su fracaso promoviendo una reivindicación de la aporía. Paradójicamente la aporía acaba por convertirse en orgullo de la ciencia que la padece. Lugar de máxima tensión en el que el *impasse* desespera por convertirse en punto de partida.

## 1. EL PRIVILEGIO DE LA APORÍA

Viehweg recordaba a un jurista demasiado tranquilo que «el término *aporía* designa precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible, la “falta de un camino”, la situación de un problema que no es posible apartar, lo que Boecio tradujo, acaso débilmente, con la palabra latina “*dubitatio*”». Se preguntaba «de dónde procede la inquie-

tante constancia o permanencia del problema» pues hay casos en los que «no es posible liquidar totalmente la problemática que se quiere dominar, y ésta reaparece por doquier con una forma nueva», lo que «impide el tranquilo razonamiento lógico hacia atrás y hacia adelante». Entonces el hombre de leyes «se ve continuamente perturbado por el problema y no se libera de él»<sup>1</sup>. Vale la pena recordarlo porque hay quien todavía sigue pensando que el derecho resuelve los problemas, es decir, los verdaderos problemas.

Si dispusiéramos de alguna base de primeros principios aproblemática y universalmente admitida, y si fuera realmente eficaz, estaríamos a salvo de la aporía. Mientras tanto la aporética, en palabras de Hartmann, nos golpea con «el resto insoluble de los problemas», con las «preguntas irrecusables, pero que no pueden contestarse». Esas «eternas preguntas enigmáticas» que son el destino de todos los saberes, y también del jurídico, que «se agolpan sin consideración alguna a solubilidad o insolubilidad» y que «si se las rechaza, regresan en otra forma»<sup>2</sup>. Problemas que el pensador no puede soslayar pero tampoco resolver, que «tiene que reconocerlos y quedarse con ellos»<sup>3</sup>.

Siempre cuestiones persistentes que acosan implacables y se convierten en obsesión del pensamiento. Nunca problemas inventados por el estudioso sino que «le han sido impuestos» como algo forzoso. Claro está que «hay también aporías artificiales y dificultades forjadas por uno mismo», pero no se trata ahora de esto<sup>4</sup>.

Ante todo hay que rescatar la aporía del horizonte del error, el engaño, el absurdo y la astucia dialéctica. La antigua patología del pensamiento se ha convertido en principio estructural, inherente a su ejercicio. Estamos demasiado acostumbrados a considerar lo aporético como cuestión marginal o como rareza. Como si fuera el cabo suelto de la lógica o la inesperada complicación de un punto oscuro. El caso difícil o el artificio ingenioso que pone a prueba la sutileza razonadora, la inconsecuencia o la trampa. Pero —dando la vuelta al tópico— habría que ver cómo «las figuras de la racionalidad están perfiladas en la locura de lo aporético»<sup>5</sup>. La aporía es un *prius* y habrá que reconocerle un derecho propio.

No pensemos en errores de planteamiento que podrían detectarse eliminando los falsos problemas. Las aporías que nos interesan no proceden del error y no reclaman, al modo racionalista, una *intellectus emendatione*. No son accidente de un razonamiento desviado, no pertenecen al paralogismo. Tampoco son productos del engaño. Si, por ejemplo, «bajo la Constitución británica, se dan necesariamente una

<sup>1</sup> VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, tr. L. Díez-PICAZO, Madrid, Taurus, 1964, pp. 53-54, 56 y 62.

<sup>2</sup> HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, tr. E. NAVARRO, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 11 y 12.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>5</sup> DERRIDA, J., *Memorias para Paul de Man*, tr. C. Gardini, Barcelona, Gedisa, 1989, p. 136.

demanda y una oferta de falacias que no pueden compararse, en cuanto a abundancia y variedad, con las de ningún otro lugar», puede imaginarse lo insostenible de esta situación <sup>6</sup>. Pero no es la persecución fraude lo que nos lleva tras las aporías del derecho.

La caída en la aporía por el empuje de una serie de argumentos tampoco tiene por qué ser *reductio ad absurdum*, ni en el significado de absurdo para Hobbes como «expresión sin sentido» que habría que distinguir del error, ni con la implicación pascaliana de ridículo <sup>7</sup>. De «las aporías más inflexibles» se ha observado que «no implican desaprobación de la filosofía que las descubre» sino que, «por el contrario, contribuyen a su crédito». Una teoría no resiste a otra sólo por la fuerza de sus argumentos «sino más aún por la fuerza de las aporías que se forman bajo sus propios argumentos» <sup>8</sup>.

Hay un tipo de argumentación que se complace en aporías para provocar el desconcierto del interlocutor y acorralarle, que incluso está condenada a la aporía. La mente se traba constantemente y queda en un callejón sin salida en su alarde de habilidad en la refutación de las tesis del adversario. Ante ciertas propuestas sofísticas reconocía Aristóteles que «el pensamiento queda maniatado cuando no quiere acceder porque no le agrada la conclusión y no puede avanzar porque es incapaz de deshacer el argumento» <sup>9</sup>. Pero nunca echemos toda la culpa a los sofistas. Cualquier posición filosófica se encontrará en la aporía si se le desarrolla más.

No hay que pensar en la enconada lucha dialéctica entre el sostenedor y el impugnador de una tesis. Las preguntas capciosas, las cautelas para no conceder demasiado, la estrategia ofensiva que desarma al adversario, pueden generar aporías, pero hay algo que escapa a los discutidores. Hay una aporía que no es refutación, que no es derrota. Que es ajena a las controversias en las que —sabiendo que no se soluciona— se pone especial cuidado en sortearla, eludirla, rodearla, para evitar caer en su poder. No se trata aquí de esquivarla sino de encontrarla e introducirse en ella.

Al margen de la astucia argumentativa la aporía se alza como punto elevado del pensamiento. Imposible resbalar por los inevitables conflictos que lo cercan. Habrá que aproximarse al rigor de la aporía, enraizada en los asuntos decisivos. Ya advertía Aristóteles que «los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las aporías». En todas partes «la aporía del pensamiento pone de mani-

<sup>6</sup> BENTHAM, J., *Falacias políticas*, tr. J. BALLARÍN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 216.

<sup>7</sup> HOBBS, Th., *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, tr. M. SÁNCHEZ, México, F. C. E., 1984, I, 5, p. 34. Cfr. PASCAL, B., *Pensamientos*, tr. J. LLANSÓ, Madrid, Alianza, 1994, núm. 273 de Brunschvicg, p. 71.

<sup>8</sup> RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, tr. A. NEIRA, Madrid, Siglo XXI Editores, 1996, p. 85. ÍD., *Tiempo y narración*, vol. III: *El tiempo narrado*, tr. A. NEIRA, México, Siglo XXI Editores, 1996, p. 654.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tr. M. ARAUJO y J. MARÍAS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 1146 a (p. 104).

fiesto la atadura» que habrá que intentar «soltar». Y «los que investigan sin haberse planteado antes las aporías son semejantes a los que desconocen adónde se debe ir». Pues ante todo hay que ir a las aporías, a las que no son falaces ni gratuitas, de las que puede decirse: «estas aporías se plantean necesariamente acerca de los principios»<sup>10</sup>. Toda gran teoría las multiplica pero no puede renunciar al *logos*. Se empeña en trabajarlas aunque sepa que no tienen solución.

Ya se ve que no estamos ante artimañas, burlas del ingenio, ilusiones o arbitrariedades del pensamiento. Con expresiones de Kant puede decirse de las aporías más fuertes que «ya no se trata de ficciones ni de productos fortuitos, sino que han surgido de la naturaleza de la razón». Su hallazgo es una experiencia «perfectamente natural, obtenida sin necesidad de trenzar sutilezas ni de poner trampas artificiales», puesto que «la razón cae en ella por sí sola y, además, inevitablemente». No son episodios esporádicos pues nunca faltan situaciones que «ponen a la razón en un inevitable conflicto consigo misma»<sup>11</sup>. Su fundamento está en el razonamiento más exigente. Y es irritante comprobar que no es la torpeza sino la consecuencia extremada lo que las provoca, como en esas disputas jurídicas «en las que precisamente el rigor empleado en resolverlas demostraría su insolubilidad»<sup>12</sup>.

En todos los saberes nos encontramos con que «cuanto mayor resulta la condensación del contenido, tanto más tiene que condensarse también la implicación de lo irracional». Así «en el ascenso a grados más altos» habrá que esperar que «las aporías se hagan cada vez más densas». Y desde «la aporía fundamental» a «las aporías particulares» ni siquiera hay tranquila derivación, un sistema ordenado que permita ir poco a poco, dividiendo y venciendo. Abrupto paisaje en el que «los problemas aparentemente sencillos se dividen en una ramificada red de puntos problemáticos de índole totalmente diversa»<sup>13</sup>.

Es singular este rasgo de la teoría, una *hybris* aporética por la que el conocimiento suscita, paso a paso, aporías cada vez más graves, de modo que «debe pagar su progresión con el precio, cada vez más elevado, de una aporicidad creciente». Los progresos de nuestros análisis acentúan el aprieto de las propias aporías, su virulencia, mostrando una creciente inadecuación de las respuestas a las preguntas formuladas. Ninguna última palabra cuando «una aporía aún más inflexible se esconde» y «circula, en cierto modo, incluso en los intersticios de la aporética»<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> ÍD., *Metafísica*, edic. V. GARCÍA YEBRA, Madrid, Gredos, 1982, libro III, 995 a y 1003 a (pp. 98, 99 y 147). Recupero el término original de «aporía» en vez de la traducción propuesta de «dificultad».

<sup>11</sup> KANT, I., *Crítica de la razón pura*, tr. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1989, pp. 327, 383 y 441. Se está refiriendo aquí a las antinomias de la razón pura.

<sup>12</sup> BOBBIO, N., «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», en ÍD., *Contribución a la teoría del derecho*, tr. A. RUIZ MIGUEL, Madrid, Debate, 1990, p. 194.

<sup>13</sup> HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, *op. cit.*, pp. 41, 47, 36 y 11.

<sup>14</sup> RICOEUR, P., *Tiempo y narración*, vol. III, *op. cit.*, pp. 641 y 993-994.

La aporía no es anécdota: brota en el centro mismo del saber <sup>15</sup>. Aparece por doquier y nadie puede erradicar «las grandes aporías que hay en los horizontes y en el corazón de nuestra razón». Con su virulencia la aporía arruina la lógica más segura y «alcanza de rebote los principios de identidad, contradicción y tercio excluso». En su proliferación hasta «las cuestiones más simples desembocan en la indecidibilidad». Y lo más preocupante sigue siendo que no es indicio de un razonamiento fallido pues lo que impone la aporía «es una exigencia racional más fuerte que la que exige su eliminación» <sup>16</sup>.

Ante las grandes cuestiones inevitablemente cristaliza un «grupo aporético», una familia de tesis relevantes que se caracteriza porque hay buenas razones para aceptar cada una de ellas pero tomadas juntas son incompatibles. De este modo «una aporía da lugar a un grupo de argumentos válidos que conducen a conclusiones mutuamente contradictorias, aun cuando cada uno posee sólo tesis probablemente verdaderas como premisas» <sup>17</sup>. Estamos sobredeterminados por la pluralidad insostenible de la aporía, desconcertados por un exceso de posibilidades disponibles, y no sólo tentados por su fuerza de atracción sino vinculados con algún grado de compromiso, quizá ineludible, con todos los miembros del grupo.

Hay que salir del atolladero y no de cualquier manera. La aporía se recrudece ante una razón que ordena ser racionales y no tolera apaños. Conmina el «imperativo hacia la razón», una exigencia ineludible de racionalidad <sup>18</sup>. Carecemos, al menos a primera vista, de la oportunidad de ser racionales y sin embargo tenemos el deber de serlo.

La situación es muy peligrosa pues «la aporía, una vez presente, tiende a extenderse como incendio sin control a través de cualquier sistema racional». Nuestras victorias serán sólo locales pues «una especie de principio de entropía está en juego: la disonancia o fricción conceptual que quitamos en un punto es incrementada en otro». Todo lo más conseguiremos amortiguar su impacto en lugares particulares. No se puede domesticar totalmente y en algún sitio seguirá encerrada «la oscura sombra de la inconsistencia». Los éxitos nunca la eliminan sino que «en el mejor de los casos, se las arreglarán para empujarla aún más hacia el trasfondo». Hay algo que no se dejará iluminar pues todo concepto básico «tiene su penumbra de esquematismo inarticulado» <sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Como reconoce MORIN, E., *El Método*, vol. IV, *Las ideas: Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, tr. A. SÁNCHEZ, Madrid, Cátedra, 1992, la aporía es cuestión decisiva: «Heráclito, Nicolás de Cusa, Pascal, Hegel, Hartmann expresaron, cada uno a su manera, la idea de que el Ser pertenece a la esfera aporética. Kant mostró que la aporía surgía inevitablemente en los fundamentos y los horizontes de la racionalidad. Después, la microfísica del siglo XX encontró la aporía en la base y el corazón de la realidad a la que aspiraba» (p. 187).

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 201, 184, 191 y 186.

<sup>17</sup> RESCHER, N., *La lucha de los sistemas: Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica*, tr. A. GARCÍA DE LA SIERRA, México, Universidad Nacional Autónoma, 1995, pp. 36 y 38.

<sup>18</sup> ÍD., *La racionalidad: Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, tr. S. NUCCETELLI, Madrid, Tecnos, 1993, p. 224.

<sup>19</sup> ÍD., *La lucha de los sistemas*, op. cit., pp. 47, 110, 67 y 89.

Y téngase en cuenta que no es sólo la razón la que engendra aporías. No tienen su fuente exclusiva en el pensamiento pues también son las cosas mismas las que las provocan. La aporía no es sólo subjetiva sino objetiva. De otro modo recaeríamos en el reproche que dirigía Hegel a Kant, porque «muestra aquí demasiada ternura por las cosas»<sup>20</sup>. La misma realidad se atasca y cae en el atolladero. Las ásperas dificultades de la vida social, lo que la hace inviable, la cruda realidad, no cesan de arrojarlos a la aporía.

Es cierto que no todas las aporías tienen la misma virulencia, pero conviene estar preparado para lo peor. La textura de ciertas aporías teóricas es tan áspera que no podrá suavizarse en una *unitas multiplex*. No hay que abrigar esperanzas de que *contraria sunt complementa*, ni buscar la síntesis de una *coincidentia oppositorum*. Y con las aporías prácticas más enconadas no se podrá contemporizar. No hay lugar para el acuerdo. De poco servirá la actitud diplomática que confía en dilatar el asunto y aplazarlo para un momento más oportuno, cuando quizá haya remitido y tengamos mejor conocimiento de causa. La virtud del término medio y la visión poderada no hallan el esperado equilibrio cuando la aporía se empeña en rechazar cualquier *modus operandi* y no dejar margen de maniobra.

Hay conceptos que se rompen cuando se les fuerza más allá de su resistencia. No ocurre lo mismo con las aporías más rebeldes, capaces de resistir destrozando todo lo que se les aproxima. Y ni siquiera son el límite infranqueable que nos retrotrae a lo ya conocido, el obstáculo que obliga a emprender el regreso. Clavados en la aporía, cogidos por ella, ya no hay camino de vuelta.

## 2. LOS ESFUERZOS APORÉTICOS DEL DERECHO

Como la aporía no es accidente transitorio, sino cualidad permanente e ineludible, hay que esperarla en el derecho. Irrumpirá tarde o temprano, y no en regiones aisladas y remotas. Elige los mejores sitios para hacerlo, el lugar crucial. Central y onnipresente, todo lo permea y puede decirse que todo asunto jurídico es parte de situaciones aporéticas. No es figura anómala sino del todo paradigmática.

Es elocuente reunir una serie de testimonios de conciencia aporética referida al derecho, tomados desde actitudes muy diferentes y en contextos variados. No es preciso homogeneizar ni clasificar. Es preferible seguir reteniendo la polisemia de la palabra aporía, que como la misma aporía no se deja dominar fácilmente, sin poder precisar su uso legítimo o abusivo. Conviene dejarla en su amenaza, tentada por su propio vértigo y desmesura, expuesta a un proceso de hiperbolización por el exceso de atracción que desencadena.

<sup>20</sup> HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tr. W. ROCES, México, F. C. E., vol. III, p. 439.

Sin duda al jurista le aguarda «la entrada en la aporética». El mismo Hartmann se preguntaba si «sabe acaso la jurisprudencia sobre qué descansa la validez de las normas de derecho vigentes». Claro está que no, pues «si se las reduce al sentimiento jurídico, su origen resulta subjetivo; si se apoya uno en su relatividad histórica, su existencia resulta accidental», de modo que «pierden el carácter de norma». No hay escapatória y «la misma irracionalidad de los fundamentos se refleja en la relación de derecho y poder, de libertad y obligación, de exigencia de la comunidad y exigencia del individuo»<sup>21</sup>.

La fisonomía de los grandes asuntos jurídicos se revela aporética. Por ejemplo la libertad «tiene la forma de una autonomía de lo dependiente, o de una independencia de lo condicionado, de una absolutez de lo relativo». Como si sólo pudiera hacerse comprensible en el quiasmo, en lo incomprensible de esas líneas cruzadas. Como si el destino de la lógica jurídica no fuera sino trazar figuras que «son solamente perífrasis para explicar un residuo problemático, y de ningún modo una solución»<sup>22</sup>.

Con la rehabilitación de la tópica se hace arrancar al pensamiento jurídico de la aporía. Tras tomar en consideración un «método de trabajo aporético» el derecho se descubre como «técnica que está al servicio de una aporía». Parece incluso que «una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable». Las grandes corrientes de la metodología jurídica –en este caso la jurisprudencia de intereses– destacan por su capacidad para «poner al día las perpetuas aporías fundamentales»<sup>23</sup>. Habrá que esperarlo todo cuando los juristas se hacen eco de «la aporética de toda situación práctica de toma de decisiones»<sup>24</sup>.

El problema de la justicia es nada menos que la *Grundaporie* del derecho. Lo aporético da lugar a un lenguaje extraordinario que puede leerse del modo más radical. En el derecho «todo se orienta, de modo reiterado y concluyente, hacia la gran aporía fundamental». Fundamental no en el sentido de más importante sino de fundamentadora, de lo que atañe al fundamento, de modo que «el único momento fundacional de nuestra disciplina se encuentra en la aporía fundamental». Su impacto repercute por todas partes desestabilizando. Constituye el verdadero eje del derecho pues «lo único efectivamente permanente es la aporía fundamental». Los conceptos de la técnica jurídica «sólo pueden ser entendidos en relación con la aporía fundamental y tienen que ser analizados conforme a ella». Representa el punto de vista privilegiado pues «se tiene que dirigir la mirada hacia la aporía fundamental si se quiere comprender algo como jurista». El derecho necesita holgura y movilidad precisamente porque «tiene que

<sup>21</sup> HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, op. cit., p. 22. Con explícita mención de la filosofía del derecho cfr. p. 69.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>23</sup> VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 53, 140-142, 155-156.

<sup>24</sup> WIEACKER, F., «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik», en *Ausgewählte Schriften*, vol. II: *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, Frankfurt am Main, A. Metzner Verlag, 1983, p. 74.

conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental»<sup>25</sup>.

El derecho se debate entre el trato igual y la producción de diferencias porque «la justicia vive precisamente en esta aporía de desigualdad-igualdad»<sup>26</sup>. Y no extraña que grandes obras sobre la justicia estén trabajadas por aporías. Así ante la tesis de Trasímaco de que es preferible la vida del injusto a la del justo «en distintos momentos de la discusión a lo largo de toda la *República* se modulará esta aporía, y se intentarán diversas formas de mediación»<sup>27</sup>. El mismo Trasímaco es obligado a aceptar una «tríada aporética» referida a la relación entre poder y justicia<sup>28</sup>. Los diálogos platónicos se sostienen por sus antagonismos y hasta «las tesis, que, en boca de Sócrates, puedan parecer expresadas de forma apodíctica, llevan consigo, como núcleo esencial, las diversas aporías encontradas»<sup>29</sup>.

Categorías decisivas para el derecho acaban convirtiéndose en fórmulas que condensan aporías. Así de la soberanía –con sus avatares históricos y su enorme proyección– se ha dicho que «es el concepto, a un mismo tiempo jurídico y político, en que confluyen todos los problemas y las aporías de la teoría positivista del derecho y del Estado». Se detectan «tres aporías en la idea de soberanía», entre las que se encuentra su conflicto irresoluble con el Estado de derecho y el moderno derecho internacional<sup>30</sup>.

Desde una perspectiva pragmática aparece «la fundamentación de la obligatoriedad de las normas jurídicas como una cuestión aporética». Y le puede interesar a la dogmática saber que «los dogmas deciden aporías, pero no las resuelven»<sup>31</sup>. La racionalidad más depurada del formalismo jurídico es constitutivamente aporética<sup>32</sup>. Es tentador decir que la norma fundamental de Kelsen quisiera ser la gran solución al problema de la validez pero es la gran aporía: la *Grundnorm* como *Grundaporie*.

Si pensamos en una teoría general del negocio jurídico o del acto antijurídico es preciso atravesar «las aporías de la adscripción» para

<sup>25</sup> VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 144, 145, 146, 149 y 155. Pero tras las afirmaciones, comentando a Viehweg, del administrativista GARCIA DE ENTERRIA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1986, de que «siempre queda intacta e inaccesible la *Grundaporie*» (p. 57), esa justicia «siempre intacta e igualmente lejana» (p. 58), podemos temer un triunfo del reglamento.

<sup>26</sup> RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 11.ª edic., México, Porrúa, 1995, p. 487, haciéndose eco de la propuesta de A. Levi.

<sup>27</sup> LLEDÓ, E., *Memoria de la Ética: Una reflexión sobre los orígenes de la teoría moral en Aristóteles*, Madrid, Taurus, 1994, pp. 247-248.

<sup>28</sup> RESCHER, N., *La lucha de los sistemas*, op. cit., p. 39.

<sup>29</sup> LLEDÓ, E., *La memoria del Logos: Estudios sobre el diálogo platónico*, Madrid, Taurus, 1990, p. 120.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, tr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, Madrid, Trotta, 1999, p. 125.

<sup>31</sup> SAMPAIO FERRAZ, T. (Jr.), «Pragmatische Begründbarkeit von Rechtsnormen», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXV, 2, 1979, pp. 225 y 226.

<sup>32</sup> Cfr. por ejemplo VESTING, Th., «Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre», *Ibidem*, LXXVII, 3, pp. 348 ss.

poder decir quién ha hecho algo, qué ha hecho y por qué<sup>33</sup>. El jurista conoce de sobra lo extraño de la capacidad de obrar, la estructura conflictiva de los mecanismos de la imputación, esquemas que tantas veces se dan por supuesto sin percibir la lógica enmarañada de la acción, el atasco del que está saliendo toda atribución de responsabilidad, los enredos en que cae. Pero rara vez lo formula como aporía. Cuenta para todo con el sujeto cuando también «el problema de la identidad constituye un lugar privilegiado de aporías»<sup>34</sup>.

En el ámbito del derecho constitucional la regla de las mayorías, sólo aparentemente sencilla, lleva la aporía a la democracia. Numerosas aporías que revelan «las dificultades inherentes a la aplicación de la regla considerada únicamente como expediente técnico». El principio mayoritario «es un procedimiento que no siempre funciona (límites) y, cuando funciona, no siempre es fácil ponerlo en marcha (aporías)»<sup>35</sup>. Surgen aquí obstáculos para el correcto funcionamiento de la democracia, que sin descalificarla la problematizan.

Se ha destacado «la aporía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el Estado de derecho». Deriva del contraste entre validez y vigencia, entre las promesas formuladas por las normas y su efectiva realización. Se trata de «una aporía insuprimible en todo Estado de derecho, desconocida en el Estado absoluto». Le irrita a la vez que le dota de una fuerza especial, de una extraordinaria sensibilidad para registrar las insatisfacciones. Por obra suya «el Estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación». Aporía fascinante, que de ningún modo es la única. En un ámbito de múltiples garantías jurídicas no se puede ignorar que «las aporías del garantismo dan lugar a complejos problemas teóricos y prácticos»<sup>36</sup>.

Como la Ilustración ha sido la forjadora de muchos de nuestros planteamientos al derecho le afecta una «aporía» tan desconcertante como «la autodestrucción de la Ilustración», que encierra el germen de su propia regresión. La aporía agazapada amenaza con desencadenarse e irracionalizarlo todo. Se manifiesta por ejemplo en «la actual situación sin salida» de los reformadores que asumen un «aparato categorial prefabricado» que paradójicamente «refuerza el poder de la realidad existente que pretendía quebrar»<sup>37</sup>.

El mismo conflicto social, con la necesidad de resolverlo pero sin caer en formas de dominación, sabiendo además que una sociedad no

<sup>33</sup> Cfr. RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, cit., pp. 84 ss.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 132. Por ejemplo «sin haberlo previsto, Locke revelaba el carácter aporético de la cuestión misma de la identidad» (p. 122).

<sup>35</sup> BOBBIO, N., «La regla de mayoría: límites y aporías», en FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. (Ed.), *Norberto Bobbio: El filósofo y la política*, Antología, tr. J. FERNÁNDEZ SANTILLÁN y A. AURELI, México, F. C. E., 1996, pp. 272 y 277.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, tr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Madrid, Trotta, 1995, pp. 866-868 y 879.

<sup>37</sup> HORKHEIMER, M. y ADORNO, Th. W., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. J. J. SÁNCHEZ, Madrid, Trotta, 1994, pp. 53 y 54.

conflictiva se volvería opresiva, se ha calificado también de aporía<sup>38</sup>. Difícil reto para los ideales emancipatorios.

Textos decisivos en la configuración de nuestro destino político tienen una estructura aporética. Se les escapan sus propias distinciones y provocan interferencias, no funcionan tal como han sido programados y muestran su propia ilegibilidad. Están desarticulando la misma lógica que los anima. El *Segundo Discurso* de Rousseau «no controla la oposición entre la metáfora conceptual “estado de naturaleza” y la realidad literal de una sociedad civil, una oposición afirmada por el mismo *Discurso*». Textos inestables que sitúan al lector en una posición imposible pues «nos obligan a elegir, al mismo tiempo que destruyen los fundamentos de cualquier elección». Una obra como *El contrato social* puede considerarse «como modelo legal y contractual, pero también como la desintegración de este mismo modelo que tiene lugar tan pronto como se pone en movimiento». Sorprendentemente «recurre a los principios de la autoridad que cuestiona» y «está estructurado como una aporía: persiste en llevar a cabo lo que, según se ha demostrado, es imposible de hacer»<sup>39</sup>.

La penetración de Pascal alcanza una turbadora «condensación aporética» que se manifiesta en su reflexión sobre la justicia y la fuerza, con sus dobles registros, imposible de encuadrar, indecible<sup>40</sup>. Probablemente lo mismo podría decirse de muchos textos fundacionales del pensamiento jurídico. Se nutren de sus aporías, de las que rara vez son conscientes, que los hacen operar en planos irreconciliables, los ponen en entredicho y pervierten sus propias propuestas. Aun bajo una superficie textual homogénea cualquier palabra es cogida por otra y lleva a otra. Parecen estar condenados a decir algo muy diferente de lo que pretenden, a ser alegóricos, abriendo perspectivas insospechadas en su desconcierto. Es preciso acercarse a sus nudos de resistencia, en donde chocan con lo extraño, se desbaratan e inician su propia transformación. Buscamos en ellos el equilibrio del fundamento pero nos devuelven la amenaza de la aporía<sup>41</sup>.

Son por tanto numerosas las cuestiones jurídicas en las que viene a «imponerse, para resistir ahí, la ley de una aporía»<sup>42</sup>. De los grandes juristas bien podría decirse que son «los promotores de los grandes problemas fundamentales» del derecho, los que en su ámbito se empeñan en realizar «los esfuerzos aporéticos»<sup>43</sup>. Toda gran teoría puede

<sup>38</sup> Cfr. MORIN, E.; *El método*, vol. II: *La vida de la Vida*, tr. A. SÁNCHEZ, Madrid, Cátedra, 1993, p. 382.

<sup>39</sup> MAN, P. de, *Alegorías de la lectura: Lenguaje figurado en Rousseau, Nietzsche, Rilke y Proust*, tr. E. Lynch, Barcelona, Lumen, 1990, pp. 172, 280, 308, 312-313.

<sup>40</sup> ÍD., *La ideología estética*, tr. M. ASENSI y M. RICHART, Madrid, Cátedra, 1998, p. 91. Cfr. pp. 99 ss. Se trata del pensamiento núm. 298 de Brunschvicg.

<sup>41</sup> Cfr. ÍD., *Visión y ceguera: Ensayos sobre la retórica de la crítica contemporánea*, tr. H. RODRÍGUEZ y J. LEZRA, Río Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1991, pp. 115 ss.

<sup>42</sup> DERRIDA, J., *Políticas de la amistad* seguido de *El oído de Heidegger*, tr. P. PEÑALVER y F. VIDARTE, Madrid, Trotta, 1998, p. 58.

<sup>43</sup> HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, *op. cit.*, pp. 6 y 51.

enorgullecerse de plantear más problemas que soluciones, lo cual es una forma de traer la aporía <sup>44</sup>.

Se podría pensar incluso en una *autopoiesis* de la aporía, que no pertenece al entorno de los sistemas sociales, que no es exterior sino extraña creación del propio sistema. La reducción de complejidad requiere de la generación de una complejidad interior. Podemos preguntarnos si el pensamiento jurídico no trae sus propios enredos, se instala en sus dificultades y se nutre de sus *insolubilia*. Todo sistema se apoya en su propia ceguera y por ejemplo «los objetivos y los valores» son también «puntos ciegos» del derecho <sup>45</sup>.

Pero conviene advertir que hablar de aporía no es un énfasis retórico para referirse sin más a problemas. Demasiado sabemos que el derecho se explica en función de la necesidad de resolver problemas, pero no todo problema –por difícil que sea– merece el nombre de aporía <sup>46</sup>. Un pensamiento aporético no puede conformarse con presentarse como «una técnica del pensamiento problemático», como ha hecho la tópica <sup>47</sup>. Ni con advertir de que «todo concepto o enunciado jurídico expresa la solución de un determinado problema jurídico y *por tanto ha de ser visto sobre ese trasfondo*» <sup>48</sup>. Es preciso introducir aquí un elemento dramático inherente al conocimiento, de modo que la invocación de la aporía sea una verdad dramática.

La aporía tampoco es divertimento para juristas. La imaginación calenturienta de *casus iuris* por el conceptualismo jurídico, para el que «precisamente los puntos más interesantes son los más oscuros, porque permiten a la fantasía divagar libremente» y «por eso, contar con ellos es un placer gratísimo», queda como aporía erudita o como juego <sup>49</sup>.

Las aporías no se reducen a acertijos para el pensamiento, rompecabezas que un lógico habilidoso podría recomponer. Han roto la lógica y nos dejan en el aire. Así la autorreferencia por la que una Constitución prevé su reforma ha dado lugar a un conocido debate, pero cuando se dice que una proposición es *very puzzling* y nos afanamos en resolver «un *puzzle* de derecho constitucional» podemos sentir más la travesura y el virtuosismo lógico que el golpe bajo de la apo-

<sup>44</sup> Cfr. LUHMANN, N., «Die Einheit des Rechtssystems», *Rechtstheorie*, 14, 1983, p. 143, aunque el término aporía no juega ningún papel en la teoría de Luhmann.

<sup>45</sup> ÍD., «¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?», en WATZLAWICK, P. y KRIEG, P. (Eds.), *El ojo del observador: Contribuciones al constructivismo*, tr. C. PIECHOCKI, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 64.

<sup>46</sup> De otro modo, como ha llamado la atención GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, hacer de la aporía un eje del pensamiento jurídico sería partir de «un contenido trivial» y «erigir en pilar lo que no es sino una afirmación poco menos que banal y perfectamente evidente» (pp. 361 y 362).

<sup>47</sup> VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>48</sup> CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, tr. J. A. GARCÍA AMADO, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 156, pues por más que «es provechoso tener siempre esto en cuenta», puede resultar «una obviedad» (pp. 156-157).

<sup>49</sup> IHERING, R. von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum*, tr. T. A. BANZHAF, Madrid, Civitas, 1987, p. 217.

ría <sup>50</sup>. Las aporías se plantean como algo radical que saca a la lógica de sus casillas.

Ni siquiera diríamos que son *hard cases* que, sacándonos de la rutina, encontrarán también solución dentro de los límites de lo conocido. La aporía no es cuestión embarazosa por abrir un ámbito no reglado, difícil tan sólo porque «no se puede subsumir claramente en una norma jurídica» <sup>51</sup>. No apunta a la discrecionalidad sino a la indecidibilidad.

### 3. LA EXPERIENCIA DE LO IMPOSIBLE: EL PASO PROHIBIDO

La forma negativa de aporía es la *vía negativa* que nos pone sobre la pista de «lo difícil o lo impracticable», ya sea «el pasar imposible, rechazado, denegado o prohibido» o «el no-pasar», lo que «ya no tiene la forma del movimiento que consiste en pasar, atravesar, transitar» pues sería «una venida sin paso». En cualquier caso nos encontramos con «una determinada *imposibilidad* como no-viabilidad, como no-vía o camino cortado». Y quien, como Derrida, se debate en una «aporetología o aporetografía» acaba por sentir la tentación del paso prohibido, de la transgresión <sup>52</sup>.

Hay figuras muy distintas de paso imposible y habrá que explorar «una lógica plural de la aporía». Puede deberse a «una impermeabilidad», a «la existencia opaca de una frontera infranqueable», de «una puerta que no se abre, o que sólo se abre bajo esta o aquella condición inencontrable, al secreto inaccesible de algún *schibboleth*». Pero también a que «no hay límite», pues «todavía no hay o ya no hay frontera que se pueda pasar, ni oposición entre dos bordes: el límite es demasiado poroso, permeable, indeterminado». Tampoco se puede pasar cuando «no hay camino», por tratarse de algo que «no tendría nada que ver con el pasar», para lo que no hay ninguna experiencia del paso, ningún desplazamiento capaz franquear un límite. Lógica de la aporía que «parece lo bastante paradójica como para que su división en múltiples figuras de la aporía no contraponga unas a otras, sino que instale el asedio de una dentro de otra» <sup>53</sup>.

En diversas formas «lo aporético siempre nos inmoviliza en el *simultáneamente* insuperable e insatisfactorio sistema de una oposi-

<sup>50</sup> HART, H. L. A., «Self-referring Laws», en ÍD., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 175. ROSS, D., «On Self Reference as a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78, 1969, p. 1. Pero no hay aquí sólo una cuestión especulativa y por ejemplo ALARCÓN CABRERA, C., «El “puzzle” constitucional de Ross en el marco de las reglas constitutivas», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 13, 1993, da cuenta de «quienes se han escandalizado por el riesgo constitucional que el “puzzle” podría conllevar» (p. 216).

<sup>51</sup> DWORKIN, R., «Los casos difíciles», cap. 4 de *Los derechos en serio*, tr. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989, p. 146.

<sup>52</sup> DERRIDA, J., *Aporías: Morir-esperarse (en) los «límites de la verdad»*, tr. C. DE PERETTI, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25, 32 y 34.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 42-45.

ción». Aparentemente es el momento negativo de la dialéctica, como si la aporética fuera «una dialéctica que no encuentra su senda ni su método», terrible dislocación de una «doble ley contradictoria», *double bind* que desbarata cualquier razonamiento <sup>54</sup>. Y todas las figuras de aporía conciernen al jurista.

Así más allá de los límites del derecho, de los viejos y nuevos *arcana iuris* y de donde las palabras del derecho se vuelven oscuras, nos encontramos con la formidable aporía del «carácter esencialmente inaccesible de la ley». Hay aporías que se despejan mediante una palabra cifrada que asegura «el derecho de paso» o «un derecho de acceso», que maneja un «poder diferencial», pues es tanto signo de pertenencia como marca de exclusión. Aleja al proscrito, garantiza «el derecho de acceso a la comunidad legítima» y hace ver la ambigüedad de toda norma de reconocimiento pensada como contraseña <sup>55</sup>.

La ausencia de límites o su indeterminación coloca igualmente al derecho en el atolladero. Piénsese en «el reino de la paz universal, más allá incluso del sentido kantiano que supone un derecho público interestatal». Y el derecho que quiera dominar sus límites tendrá que hacer frente a una «lógica del margen» que sirve paradójicamente para «enturbiar la línea que separa un texto de su margen controlado» <sup>56</sup>.

Aporía también cuando se intenta un pensamiento de lo que viene, para lo que no hay camino, de «lo arribante *como justicia*» o «para la democracia por venir». Un porvenir para el que no hay paso pero que nos pasa, que no viene necesariamente sino que quizá venga, enredándonos en «la aporía del *quizá*» <sup>57</sup>.

Las dobles bandas acechan al jurista. Así el *double bind* de una idea de Europa que debe «avanzar ejemplarmente hacia lo que no es ella» trastorna el derecho internacional. Y lo que hace Derrida con el análisis de la familia –incluido el derecho de familia– en Hegel se puede provocar siempre, jugando a dos columnas. Enloquece entonces «la ley del texto», la «*règle droite*» que permitiría dominarlo <sup>58</sup>.

Detrás de todos los lugares en donde habita el pensamiento jurídico no hay un orden preestablecido sino el desorden de lo aporético. No un principio del que extraer consecuencias sino la doble ley contradictoria por la que quedamos divididos, con obligación desdoblada, en oposiciones que todo lo desestabilizan. El camino sólo se abrirá «en la

<sup>54</sup> ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., p. 136. ÍD., *El otro cabo. La democracia, para otro día*, tr. P. PEÑALVER, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1992, p. 60.

<sup>55</sup> ÍD., «Préjugés. Devant la loi», en ÍD. y otros, *La faculté de juger*, Minuit, Paris, 1985, p. 114; ÍD., *Schibboleth. Pour Paul Celan*, Paris, Galiléé, 1986, pp. 12, 49, 51 y 109.

<sup>56</sup> ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 43; ÍD., *Márgenes de la filosofía*, tr. C. GONZÁLEZ, Madrid, Cátedra, 1989, p. 30.

<sup>57</sup> ÍD., *Espectros de Marx: El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional*, tr. J. M. ALARCÓN y C. DE PERETTI, Madrid, Trotta, 1995, pp. 42 y 189; ÍD., *Políticas de la amistad*, op. cit., p. 86. Aporía del quizá pues «si no es posible ninguna decisión (ética, jurídica, política) que no interrumpa la determinación comprometiéndose en el quizá, en revancha la misma decisión debe interrumpir aquello mismo que es su condición de posibilidad, el quizá mismo» (p. 86).

<sup>58</sup> ÍD., *El otro cabo*, op. cit., p. 30.; ÍD., *Glas*, Paris, Denoël/Gonthier, 1981, p. 90.

experiencia de una inadecuación o de una incalculable desproporción», en una «apelación siempre insatisfecha, más allá de las determinaciones dadas»<sup>59</sup>.

La aporía no es una llamada a la lógica, es escándalo para la lógica. No reacciona a ninguna jerarquía normativa ni cede a ninguna dialéctica, no se deja articular por ningún metalenguaje ni se dirime desde ningún saber. Es foco de resistencia intratable. Por eso «aporía mejor que antinomia: la palabra *antinomia* se imponía hasta cierto punto, puesto que de lo que se trataba, en el orden de la ley (*nomos*), era de contradicciones o de antagonismos entre unas leyes igualmente imperativas». Pero «la antinomia merece aquí más bien el nombre de aporía, en la medida en que no es ni una antinomia “aparente o ilusoria”, ni una contradicción dialectizable en el sentido hegeliano o marxista, ni siquiera una “ilusión trascendental en una dialéctica de tipo kantiano”, sino una experiencia interminable»<sup>60</sup>.

El término antinomia, tan familiar al jurista, anima a la posibilidad de una resolución dentro de los confines del sistema. Pero la aporía no puede comparecer ante la instancia de ninguna ley que resuelva su conflicto. Destapa la falta de legalidad en el centro mismo de la ley.

Pero a pesar de todo la palabra aporía «la entenderíamos mal si intentáramos ceñirla a su significado más literal: una ausencia de sendero, una parálisis ante el camino bloqueado, la inmovilización del pensar, la imposibilidad de avanzar, una barrera bloqueando el futuro». Por el contrario, habría que ver cómo simultáneamente «da o promete el pensar del sendero, provoca el pensar de la posibilidad misma de lo que aún permanece impensable o impensado, en verdad, imposible». No es «la negatividad estéril del atolladero» sino que «promete *a través* de su prohibición» y «*porque* paraliza, también *engendra*»<sup>61</sup>.

La aporía convoca figuras de donación y promesa, da que pensar y promete pensamiento. Y «la cuestión de la justicia, que lleva siempre más allá del derecho, no se separa ya, ni en su necesidad ni en sus aporías, de la del don». Pues «ningún sendero es posible sin la aporía del don, que no se produce sin la aporía de la promesa»<sup>62</sup>.

Estas remisiones poco tienen de jurídicas. Les ocurre como al contrato de los contractualistas, que sólo aparentemente es un contrato. El juego de equivalencias de la lógica del don y la vinculación a la palabra en la promesa se han hecho imposibles, irremediablemente aporéticos. Habría que tener en cuenta un pensamiento del don que da lo que no tiene e interrumpe el círculo de la restitución, y una promesa que desborda siempre la palabra dada.

<sup>59</sup> ÍD., *Fuerza de ley: El «fundamento místico de la autoridad»*, tr. A. BARBERÁ y P. PEÑALVER, Madrid, Tecnos, 1997, p. 48.

<sup>60</sup> ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 36.

<sup>61</sup> ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., pp. 135-136 y 138; ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 61.

<sup>62</sup> ÍD., *Espectros de Marx*, op. cit., p. 39; ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., p. 148. Para la aporía del don cfr. ÍD., *Dar (el) tiempo*, I: *La moneda falsa*, tr. C. de Peretti, Barcelona, Paidós, 1995, p. 127, nota 9.

Está aquí en juego algo tan paradójico como «la experiencia de la aporía», expresión ella misma aporética de un paso imposible que acopla dos términos antagónicos, la travesía y la ausencia de camino. Se trataría de moverse «no ya contra o a partir del atolladero» sino «según otro pensamiento –que tal vez tiene más aguante– de la aporía», de intentar «la prueba de pasar», de «un pasar que es a la vez imposible y necesario»<sup>63</sup>.

Esta prueba no es un contratiempo insólito pues hay que preguntarse si «es posible una experiencia que no sea experiencia de la aporía»<sup>64</sup>. Porque dondequiera que nos encontremos estaremos siempre en la aporía, fatalmente enredados en ella. Y, claro está, también como juristas. Pero no como pensaba la tópica, con un derecho que viene a salvarnos de la aporía. El mismo derecho la lleva consigo, está desgarrado por las aporías que lo constituyen.

No se trata de traspasarla sino de lograr un «aguante no pasivo», de situarse tenazmente en «resistencia» a la aporía. Precisamente «resistir la aporía» se convierte en «la ley de todas las decisiones, de todas las responsabilidades». Ninguna responsabilidad merece este nombre si no pasa «la prueba de la aporía». Habrá que «poner en marcha la aporía», en lo que se anuncia como un trabajo sin descanso, como una «experiencia interminable». Y nunca sabremos cuáles son las explosiones en cadena que guarda en reserva. Estamos ante problemas que traen al derecho una dimensión de infinitud. Problemas infinitos, claro está que no por numerosos, sino «infinitos, si se puede decir, en ellos mismos, porque exigen la experiencia misma de la aporía»<sup>65</sup>.

No es fácil poner en marcha la aporía. Con frecuencia «la aporética es una exotérica», una argumentación que «se abre y se cierra sobre esta vía sin salida», repitiéndola en sus propios términos, sin articulación, sin desarrollo crítico. Y cuando se intenta «la recuperación dialéctica de la aporía», su presentación en forma de despliegue no es sino un desglose en donde aparece desencadenada, pero que no hace sino reafirmarla, nada más que «la repetición parafrástica de una aporía exotérica, la brillante puesta en forma de una paradoja vulgar». Los términos contradictorios planteados en la aporética se retoman y se afirman juntos en la dialéctica, realojándose en un esquema sólo en apariencia dinámico. Pero habría que arrancar, pensar otra cosa y de otra manera, en un viraje capaz de «darle la vuelta a la aporía». Intentar un pensamiento que tome el relevo, que logre escaparse saltando de la aporía, «dejándola, de golpe, en la estacada» y no explicándose ya por ella. El camino cortado puede ser el lugar en el que «la aporía provoca un brinco». O al menos se abre un espaciamiento en el

<sup>63</sup> ÍD., *Aporías, op. cit.*, pp. 31, 34, 38 y 41; ÍD., *Fuerza de ley, op. cit.*, p. 38.

<sup>64</sup> ÍD., *Aporías, op. cit.*, p. 34.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 36, 41, 61 y 126; ÍD., *El otro cabo, op. cit.*, p. 39; ÍD., *Fuerza de ley, op. cit.*, p. 38. Por plantearse al margen de su propia aporía habría que cuestionar «un concepto jurídico, es decir, inadecuado, de la responsabilidad» (*El otro cabo*, pp. 100-101). La axiomática jurídica de la responsabilidad «es de una fragilidad y de una grosería teórica» que lleva a denunciar su «dogmatismo oscuro» (*Fuerza de ley*, pp. 57-58).

enclave aporético, una zona de holgura entre la contradicción asfixiante. En todo caso hacer la experiencia de la aporía significará «pasar extralimitándose» o «“pasar(se)” respecto de un límite»<sup>66</sup>. Ahí está la provocación que trae lo imprevisto.

La aporía no arruina el pensamiento jurídico sino que lo reanima y lo fuerza a que viva de sus turbulencias. Precisamente la tensión entre derecho y justicia le proporciona «su inestabilidad privilegiada». Pues «la justicia es una experiencia de lo imposible» y «no hay justicia sin esta experiencia de la aporía». En toda apelación a la justicia «las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias»<sup>67</sup>. Tres aporías son ejemplos significativos de eso que se califica como «un solo potencial aporético que se distribuye hasta el infinito» en el derecho<sup>68</sup>.

La primera provoca «la *epokhé* de la regla» y desestabiliza la aplicación del derecho. La justicia requiere «un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso». De este modo la decisión será «a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reinventarla»<sup>69</sup>. La justicia del caso concreto es una forma de transgresión de la que no cabe proporcionar un concepto no aporético. Equidad imprescindible e impracticable que arruina la buena conciencia ante el deber cumplido.

La segunda aporía proporciona «la obsesión de lo indecible». Aquí «indecible es la experiencia de lo que siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regla, *debe* sin embargo –es de un *deber* de lo que hay que hablar– entregarse a la decisión imposible, teniendo en cuenta el derecho y la regla». Toda decisión debe pasar «la prueba de lo indecible», prueba nunca superada pues «lo indecible queda prendido, alojado» en la misma decisión, que debe guardar siempre «la memoria de la indecidibilidad» a la que pertenece<sup>70</sup>.

La tercera se instala en «la urgencia que obstruye el horizonte del saber». La justicia no espera y la decisión «*debe ser* siempre un momento finito, de urgencia y precipitación». Hay que tomarla y no puede convertirse en consecuencia de un saber ya adquirido sino que marca una interrupción. No se puede hacer lo que se sabe y ante lo que hay que hacer no se sabe lo suficiente. Por muy vinculada que esté a normas la práctica del derecho «no viene precedida de ningún saber y de ninguna garantía»<sup>71</sup>.

Aporías como éstas ponen de manifiesto la difícil racionalidad del derecho, la contradicción interna de todo concepto normativo que

<sup>66</sup> ÍD., *Márgenes de la filosofía*, op. cit., pp. 73, 74 y 77; ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 61; ÍD., «Ja, o en la estacada. Entrevista con Jacques Derrida (segunda parte)», tr. C. DE PERETTI, en ÍD., *El tiempo de una tesis: Deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona, Proyecto A Ediciones, 1997, p. 91; ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., p. 136.

<sup>67</sup> ÍD., *Fuerza de ley*, op. cit., pp. 49 y 38-39.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 52 y 53.

<sup>70</sup> ÍD., *Fuerza de ley*, op. cit., pp. 54-57.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

«implica la regla y la invención sin regla». El jurista se encuentra con lo que lleva «más allá del derecho *en* el derecho»<sup>72</sup>.

El lenguaje de la aporía acaba por convertirse en el único modo responsable de hablar de derecho pues «cuando la vía de paso está dada, cuando por adelantado un saber posibilita el camino, la decisión está ya tomada, lo que es tanto como decir que no hay ninguna que tomar». Tan sólo «irresponsabilidad, buena conciencia, aplicación de un programa». Pero el pensamiento jurídico nos atrapa en obligaciones dobles, consiste «en responder *de* dos leyes, o en responder *a* dos órdenes contradictorias» sin renunciar a ninguna de ellas. Una responsabilidad en nombre de la que habrá que «intentar *inventar* gestos, discursos, prácticas político-institucionales que inscriban la alianza de esos dos imperativos»<sup>73</sup>. Experiencia aporética que ejerce sobre el jurista una *reductio ad impossibile*.

#### 4. DE INVENTIONE: CONTRA LA TÓPICA

La aporética no puede conformarse con la tópica. No reclama sin más una tópica para que «podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles»<sup>74</sup>. Una tópica para la que «no es justa la observación de que Cicerón ha dicho muchas cosas insignificantes, ya que precisamente gracias a éstas dominó en el foro»<sup>75</sup>. La tópica se presenta como un método, un saber, una técnica. Confía en la ayuda de puntos de vista preparados de antemano, elabora catálogos de tópicos, *loci communes* que permiten salir del apuro<sup>76</sup>. Quiere ser un saber asumible y en su pretensión de dar respuestas socialmente aceptables sólo es capaz de una creatividad limitada<sup>77</sup>.

La tópica apenas hace la experiencia de la aporía y se apresura a caer en el lugar común. Pierde así la oportunidad de hacer estallar el tópico desde la irreductible aporía. Y no se diga que esto no es posible en el derecho, como si ya supiéramos dónde está el límite. Es preciso intentarlo para que siga habiendo pensamiento jurídico y no mera práctica del derecho. Pero para hacerlo no hay ninguna *tekhné*, ningún *ars inveniendi*.

Situándose antes que cualquier tópica, de la aporía ni siquiera diremos que abre un pensamiento problemático que haya que oponer a un

<sup>72</sup> ÍD., *Passions*, Paris, Galilée, 1993, p. 24; ÍD., *Adiós a Emmanuel Lévinas: Palabra de acogida*, tr. J. Santos, Madrid, Trotta, 1998, p. 139.

<sup>73</sup> ÍD., *El otro cabo*, *op. cit.*, pp. 38, 40-41.

<sup>74</sup> ARISTÓTELES, «Tópicos», en *Tratados de lógica (Organon)*, tr. M. CANDEL, Madrid, Gredos, 1982, vol. I, 100 a (p. 89).

<sup>75</sup> VICO, G. B., «Sobre el método de los estudios de nuestro tiempo», selección, en *Vico: Antología*, edic. R. Busom, Barcelona, Península, 1989, p. 45.

<sup>76</sup> Cfr. VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 54, 57 y 58.

<sup>77</sup> ÍD., «Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico», en *Tópica y filosofía del derecho*, tr. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, reconoce que la tópica «aspira, podría decirse, a una creatividad controlable» (p. 201).

pensamiento sistemático. La tópica pasa apresuradamente de la aporía al problema. Pero en el camino cortado de la aporía «ya ni siquiera sería posible constituir un problema»<sup>78</sup>. Quedamos totalmente expuestos, sin protección, sin problema. No es que falte la solución, sino algo más grave: carecemos incluso de planteamiento sostenible, de pregunta válida, de un proyecto presentable. La aporía trastorna nuestras preguntas y nos obliga a reformular nuestros problemas.

La aporética no apunta como la tópica al ámbito de lo razonable sino que lleva a eso que Hartmann denominaba «lo transinteligible (lo gnoseológicamente irracional)». Aparece así un límite que se puede alejar indefinidamente pero que nunca desaparece, «un resto transinteligible» por el que «el conocimiento se trasciende a sí mismo». Ante ciertos problemas «el manejo del residuo irracional en ellos es lo que importa». Frente a la precipitación de la solución sumaria, de la resolución expeditiva, sólo queda lo que «exige el ritmo lento de la espera, el paciente proceder aporético»<sup>79</sup>.

En el atolladero surge la posibilidad de un «*aporetische Denkweise*» del que se llega a decir que «sólo él es pensamiento crítico»; el resto es dogmática. El pensador es entonces un «administrador» de los problemas, se entrega a «la vida propia del problema», intenta «dejarse guiar» por él y persigue «una consecuencia del problema, de la aporía misma»<sup>80</sup>.

Ésta no es la consecuencia de la lógica. El modo de pensar de la aporía exige una distinción entre pensamiento y lógica. La reabsorción lógica de las grandes aporías es imposible. No pueden superarse construyendo una metalógica ni una gran lógica, no hay una lógica superior que las integre y pueda disolverlas. Como reconoce Morin «en el límite, tanto en el espíritu humano como en la realidad, hay algo de aformalizable, alogicizable, ateorizable, ateoremizable». La opacidad de la aporía «es el modo por el que se traducen a los ojos de nuestra razón los agujeros negros en los que se hunden nuestras coherencias lógicas». Habrá que atreverse a «contar con ella» y «servirse de ella para reactivar y complejizar el pensamiento», sabiendo que «no existen reglas lógicas o metalógicas para decidir, en esta aventura». Ésta es la propuesta de un «pensamiento complejo»<sup>81</sup>.

Una concepción para la que «el pensamiento (estratégico, inventivo, creativo) a la vez contiene y supera a la lógica». En su devenir imprevisible «sólo puede desarrollarse por sus transgresiones». Como «pone en acción la lógica, pero no es la lógica en acción», acaba por ser «translógico», capaz de «ir a través, atravesar y transgredir». Se muestra así «la necesidad, no de superar la lógica clásica, sino de jugar un doble juego entre la lógica y su transgresión» promoviendo –con los

<sup>78</sup> DERRIDA, J., *Aporías*, op. cit., p. 30.

<sup>79</sup> HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, op. cit., pp. 38, 39, 21 y 78.

<sup>80</sup> ÍD., «Diesseits von Idealismus und Realismus», en *Kleinere Schriften*, II, Berlin, De Gruyter, 1957, pp. 282, 284, 285 y 281.

<sup>81</sup> MORIN, E., *El Método*, vol. IV: *Las ideas*, op. cit., pp. 198 y 202.

esperanzados términos de Vico— una *scienza nuova*<sup>82</sup>. Baste esto para ver hasta qué punto a la lógica jurídica pertenece la transgresión y lo que está fuera de la norma.

Ricoeur dirá que «hay que ir hasta el fondo de este callejón sin salida» emprendiendo «el *trabajo de la aporía*», que «no reside tanto en resolver las aporías como en hacerlas trabajar, en hacerlas productivas»<sup>83</sup>. Las fisuras que atraviesan todo el pensamiento dejan «un *intervalo de sentido* que hay que llenar». Habrá que «diseñar las vías abiertas por las aporías sucesivas» pues de la aporética «puede y debe surgir un impulso para franquear los límites impuestos». La réplica a la aporética tendrá que surgir de una *poética*, problemático intento de «reunir los *membra disjecta* de este discurso fracturado que parece responder a la aporía más fuerte»<sup>84</sup>.

Pero no hay que hacerse demasiadas ilusiones. Los logros de la poética «constituyen una constelación significativa, sin, por ello, formar una cadena vinculante». Y así, «de una aporía a otra y de una réplica poética a otra» permanece «un entredicho que pesa» mientras se sigue suscitando «la exigencia de pensar más y de decir de otro modo»<sup>85</sup>.

La aporética anima a una «lógica de la extravagancia». Pensamiento dislocado, trastornado por la sorpresa y dispuesto para lo no dominable que lleva a puntos de ruptura. Podemos preguntarnos si «no pensamos demasiado frecuentemente que se nos pide una decisión, cuando, a lo mejor, lo que primero se nos exige es *dejar* abrirse un campo de posibilidades inéditas». La aporía, después de habernos desorientado, nos hace explorar el espacio de lo posible. Pero «ninguna complacencia en la aporía como tal aporía debe transformar la lucidez reflexiva en parálisis consentida»<sup>86</sup>. Habrá que actuar en ella, a pesar de ella, con ella y contra ella. Juristas aporéticos, debatiéndose con sus propios límites, sin descanso.

Ya se ha visto que para Derrida la aporía ofrece nada menos que la «experiencia de lo imposible», la verdaderamente estimulante. Provoca entonces la única invención merecedora este nombre, la «invención imposible» que se arriesga a lo que parece impracticable<sup>87</sup>. Excita el pensamiento de lo que aún permanece impensado o impensable.

Una vez más habrá que olvidar el *ordo inventionis* de la tópica si se quiere encontrar algo interesante. La invención implica un gesto extraño y también en el ámbito jurídico «una invención supone siempre alguna ilegalidad, la ruptura de un contrato implícito, introduce un

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 211, 212 y 213; ÍD., *Ciencia con consciencia*, tr. A. SÁNCHEZ, Barcelona, Anthropos, 1984, p. 346; cfr. ÍD., *Introducción al pensamiento complejo*, tr. M. Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 74 y s.

<sup>83</sup> RICOEUR, P., *Tiempo y narración*, vol. III, *op. cit.*, pp. 646, 768 y 1018.

<sup>84</sup> ÍD., *Sí mismo como otro*, *op. cit.*, p. 103 y 120. *Tiempo y narración*, vol. III, *cit.*, p. 994. Sobre la poética cfr. pp. 777 s.

<sup>85</sup> ÍD., *Tiempo y narración*, vol. III, *op. cit.*, pp. 1036-1037.

<sup>86</sup> ÍD., *Amor y Justicia*, tr. T. DOMINGO MORATALLA, Madrid, Caparrós Editores, 1993, pp. 92-93; ÍD., *Sí mismo como otro*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>87</sup> DERRIDA, J.; *El otro cabo*, *op. cit.*, pp. 39, 41 y 96.

desorden». Es preciso «que la invención transgreda, para ser inventiva, el estatuto y los programas que hubiéramos querido asignarle» y de algún modo «debería producir un dispositivo de desarreglo, abrir un lugar de perturbación o de turbulencia». Otra cosa no sería sino repetición. Habrá que «reinventar la invención» pues no puede ser invención de la ley según la ley, «invención programada de programas» que no inventa nada. Necesita ser «invención de lo imposible» e «invención de lo otro». Pero –de nuevo la aporía– lo otro no se inventa: lo dejamos venir, nos lo encontramos. Invención que no inventamos sino que más bien nos inventa, también como juristas, pues «*estamos por inventar*»<sup>88</sup>.

Estas exigencias desbordan un final de tipo decisionista, incluso el de Radbruch, para quien en sus agudas contradicciones el pensamiento jurídico «no debe propiamente decidir, sino situar ante la decisión». La invención radical se entrega aquí a una última aporía: la aporía de la decisión, que por tener que abrirse a lo desconocido se reconoce «a la vez sobreactiva y padecida», que sorprende a su agente pues es «como si le viniera de otro». No parece obra suya y «se podría incluso decir, con riesgo de escándalo, que un sujeto no puede nunca decidir nada». El sujeto clásico al que nada sucede, que cree tomar la iniciativa, ignora hasta qué punto «una teoría del sujeto es incapaz de dar cuenta de la menor decisión». En la paradoja de «una *decisión pasiva*», de «lo otro en mí, que decide y desgarrá», condensa la aporética su último vértigo<sup>89</sup>.

Después de todo no extraña que la aporética despierte el deseo de aporías como «nudos de pensamiento que prometen *quizá* otra cosa», que «no permiten ya un desenlace analítico», que «no se dejan ya comprender por un programa», que todo lo exceden «hacia una especie de hiperaporética» en donde nos aguarda por ejemplo «otro pensamiento de lo político». Será preciso tomar a nuestro cargo la sacudida de «las nuevas aporías». Al derecho sin aporías le faltaría lo más duro, lo más resistente y lo más prometedor. Una vieja máxima jurídica advierte que *ad impossibilia nemo tenetur*. Pero el jurista se encuentra ya irremediabilmente «obligado a hablar justamente, y *de manera tan paradójica o aporética, tan imposible*, de comunidad, de derecho, de libertad, de igualdad», de tantas otras cosas<sup>90</sup>. De todo lo que le exigimos, de lo que nos concierne. No sólo con la ley sino con la aporía, pasión del jurista.

<sup>88</sup> ÍD., «Psyché. Invention de l'autre», en ÍD., *Psyché. Inventions de l'autre*, Paris, Galilée, 1987, pp. 11, 33, 37, 59 y 60.

<sup>89</sup> RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 101; DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, *op. cit.*, pp. 61 y 56; ÍD., *Políticas de la amistad*, *cit.*, p. 87

<sup>90</sup> Derrida, J., *Políticas de la amistad*, *op. cit.*, pp. 224-225, 99 y 100.