

III

PENSAR EN EL HOMBRE, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

A) ALGUNAS NOTAS DEL FILOSOFAR DE HOY Y SUS EFECTOS SOBRE EL DERECHO

7.	Idealismo y realismo; abstracción y derecho ...	43
8.	La filosofía como crítica metodológica	48
9.	Análisis y estructuras. Pensar y actuar	49
10.	Conocimiento y dialéctica	52

B) LA REFLEXIÓN SOBRE EL HOMBRE

11.	Orgullo y modestia. Razón y derecho	54
12.	El pensamiento sobre el hombre como juguete del hombre	59

C) LA REFLEXIÓN SOBRE LA SOCIEDAD

13.	Hombre y sociedad	64
14.	Lo social y la eternidad	68
15.	Sociedad, Estado y derecho	70
16.	El poder y sus límites	71
17.	La libertad y la historia	73
18.	Nuestra sociedad de masas y el derecho	75

D) EL PODER Y EL LEGISLADOR

19.	La figura práctica del legislador	79
20.	El derecho como imposición y otro poco más sobre la figura del legislador: el legislador so- berano y el Estado de derecho	82

III

PENSAR EN EL HOMBRE, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

A) ALGUNAS NOTAS DEL FILOSOFAR DE HOY Y SUS EFECTOS SOBRE EL DERECHO

7. *IDEALISMO Y REALISMO; ABSTRACCIÓN Y DERECHO*

Aparentemente la filosofía del siglo xx representaría un gran esfuerzo para rechazar el idealismo como oriente del conocimiento; al menos le repugna ese idealismo que, más o menos burdamente, podemos describir como convencimiento de que el hombre *crea* lo que conoce al conocerlo y proclama su adhesión al realismo, que también burdamente puede describirse como convencimiento de que el hombre conoce lo *creado*.

Aunque con variantes significativas, todas las corrientes *culturalistas* contemporáneas arrancan del carácter real del objeto cultural, específicamente, por supuesto, en las trascendencias materiales en que el hombre encarna su obra. Pero la vida cultural no la asume el objeto por esas trascendencias materiales (en ellas sigue siendo un objeto natural), sino en el acto de captación del sentido de él por parte del hombre. Al fin es cada hombre el que, con su propia experiencia de

otorgamiento de sentido, le infunde (en ese momento) al objeto la nota que lo hace ser lo que es como objeto cultural. Para muchos tratase de una experiencia estrictamente personal, que se da en el captador y no puede ser transferida, con lo que muy bien se puede concluir en que el objeto cultural no existe como tal mientras un alguien concreto no le otorgue sentido. Por lo menos en tal modo de encarar el conocimiento, es cuestión de pensar hasta dónde esto implica una superación del idealismo.

Sin duda se intensifica a medida que la filosofía intenta desechar la pretensión de convertir la reflexión sobre el ser en patrimonio cognoscitivo común, tornándola en una especie de visión onírica de experiencias intransferibles, donde, si bien el hombre no ha proclamado la renuncia a comunicar a otros el conocimiento que haya alcanzado sobre el ser, desde el principio desconoce toda aspiración a que él sea captado *experimentalmente* por otros.

Sería vano desconocer, por ejemplo, todo lo que el existencialismo tiene que ver en la moderna reflexión sobre lo jurídico y cómo, paradójicamente, aportó ideas para el *realismo* que campea en la actual ciencia del derecho. Y digo que paradójicamente, porque tanto el ser como el conocer el ser, los reduce a la experiencia subjetiva, con lo cual para mí sigue siendo un idealismo.

Aun dejando de lado lo que ha influido en el nuevo modo de filosofar la labor poética de Nietzsche (que para muchos es la gran sombra que domina el panorama del pensamiento contemporáneo, aunque aun quienes lo copian no lo digan muy alto), el existencialismo que se hace provenir de Kierkegaard contiene el germen de un subjetivismo idealista todavía más acentuado. En él la sublimación de la experiencia que se da en la subjetividad, es el parámetro de la verdad por en-

cima de lo abstracto y aun por encima de la razón. Aunque necesitemos pensar en el otro para pensar en nosotros mismos, ese otro no es más que por la relación en que nosotros nos colocamos respecto de él; siempre damos vuelta en torno de una estricta coincidencia entre lo objetivo y lo subjetivo. Y sabido es que para Kierkegaard, el uno que es el otro, no es sino Dios, en el cual sólo podemos creer, sin estar nunca seguros de su ser, lo que es el motivo de nuestra angustia (Wahl, *Existencia humana y trascendencia*); por lo tanto, la evidencia de la sabiduría en cuanto conocimiento objetivo no nos sirve, es nada.

Allí donde la razón nos muestra la nada, es decir, niega el ser, tenemos que acudir, como instancia final, a la revelación (León Chestov); la que admitimos por la fe, que se da en nosotros particularmente.

Por ese camino Sartre ha ido llegando a la extrema subjetividad del *para sí*, despertado por el *en sí* a través de la *percepción de la Nada*: la *Nada* es mi libertad; el *Otro* es la destrucción de mi libertad porque sólo puedo concebirlo examinándome, descubriendo lo que es (sólo) para mí. Yo no me conozco (no conozco), adquiero conciencia de mí en cuanto *vivo* mi situación de observado (*El ser y la nada*), pero ese es un "conocimiento" que sólo en mí radica, que es intransferible a otro porque sólo en mí radica y en mí se agota y es allí donde está el tope de la reflexión sobre el ser.

Si bien es vicioso confundir subjetivismo con idealismo, ese subjetivismo "experimentalista" se me muestra como idealismo.

A mí, pues, no me resulta algo desusado dudar que los pensadores del siglo xx hayan encontrado un mecanismo cognoscitivo suficientemente apto para dejar de ser idealistas.

Esto se ve con más claridad aún en algunas posiciones filosóficas sobre ese objeto cultural por excelencia

que es el derecho, en cuanto tratan de abjurar de lo formal y abstracto de la normatividad para volcar el ser del derecho en la experiencia mentada como jurídica. Esta experiencia sería un hecho (conducta, acción) al que la norma califica como jurídico o se integra con la norma según valores o con valores; mas, como experiencia jurídica aparece —y sólo entonces sería derecho—, cuando ocurre la acción conforme al plan, proyecto o tipo normativo, dimensionado jurídicamente o cuando alguien soluciona el conflicto planteado por los que no actuaron el plan o proyecto. En uno u otro supuesto son acciones en las que se capta el sentido de la normatividad.

Según esto el derecho *es* como objeto cultural en cuanto alguien está captando su sentido; lo que en la normatividad es idea sólo existe en cuanto alguien accede a ella con su propia idea guiando su acción, lo que es bastante para permitirnos dudar que los iusfilósofos de hoy hayan encontrado, verdaderamente, un mecanicismo cognoscitivo original para dejar de ser idealistas.

Aquí me parece conveniente una digresión.

Idealismo y abstractivismo no son, por supuesto, la misma cosa, pero el idealismo está perdido si no emplea el procedimiento de abstracción, porque para él sólo las notas del objeto que están en el sujeto cognoscente son las que lo forman, al contrario de la experimentación que se apuntala en que el objeto puede contener notas desconocidas por descubrir. Por medio de la abstracción se configura el objeto con finitud, o se propone en finitud.

Pero nos encontramos con que el derecho, como obra para el hombre, sólo puede operar como abstracción, aunque como obra del hombre no lo sea; en otras palabras: el derecho es realidad por medio de su abstracción. Esto, que para unos cuantos es una especie de perogrullada axiomática, es una *verdad* que hoy está

en crisis: quienes no conciben el derecho más que como experiencia, como hecho, no pueden soportar considerarlo como abstracción, como ente ideal preexistente a la acción.

Que el derecho tiene que construirse por abstracción, y en un determinado momento es una abstracción, parecería algo obvio. Aun cuando no aceptemos las características de *plenitud hermética* del sistema jurídico, tal como la reconoce, por ejemplo, el sistemativismo de Soler (sobre todo en su *Interpretación de la ley*), no es posible trabajar en él negando su *finitud lógica*, siempre y cuando se acepte —lo que ahora muchos niegan, es cierto— que está compuesto por normas, por las cuales los hombres procuran lograr, de otros hombres, un determinado actuar, ya que la abstracción “es una operación mental a la cual es indispensable proceder para llegar a un fin determinado” (Marcel, *El hombre contra lo humano*). El derecho es plan de acción y, en cuanto tal, preexistente a la acción que se denota como debida según él. Es natural (lógico) que el plan, que preexiste a la acción, no pueda agotar todas las notas de una acción que todavía no se ha dado; para confeccionarlo se tiene que acudir a notas comunes de acciones ya dadas, seleccionando las que se consideran fundamentales para adecuar la acción futura a una deseada, configurada según esas notas: se ha formado con parte de la historia una abstracción (la norma), que describe una acción futura como plan o proyecto de porvenir (tal es la tarea del legislador).

El hombre actúa jurídicamente (de acuerdo o no con la norma) cuando completa con la acción que realiza todas las referencias a las notas propuestas por la figura normativa, aun cuando con aquella acción realizada haya agregado otras notas no consideradas por ella.

Para el *realismo* puro dicha abstracción —cuya preexistencia no se niega en principio— no es, sin embargo,

el derecho; éste es la misma actividad cumplida. Ahora bien, cuando ese realismo, en general, admite que lo que *juridiza* a la acción dada (la hace interesante jurídicamente) es la mención posible de ella a la abstracción normativa, cabe entonces, holgadamente, la pregunta que formuló Soler y que todavía no ha obtenido una respuesta adecuada: si la norma abstracta preexistente no es derecho, ¿qué es?

Todo lo cual me explica a mí por qué es tan complicado extraer completamente al derecho del plano ideal en que necesariamente lo ha colocado el procedimiento de abstracción al que necesariamente se tiene que acudir para confeccionarlo, con la finalidad de que otros hombres lo vivan luego.

8. LA FILOSOFÍA COMO CRÍTICA METODOLÓGICA

Veamos algunas otras características de la filosofía actual en cuanto ellas han influido en los pensamientos sobre el derecho.

Aparentemente una gran parte de la doctrina filosófica —a veces me parece que toda— ha reducido su ambición a convertirse en una mera descripción de las posibilidades del conocimiento, y, desde luego, de sus procedimientos. Paulatinamente se ha ido pasando de la pregunta sobre el ser a la pregunta de cómo reflexionar sobre el ser del hombre que reflexiona.

Y desde Descartes hasta aquí, la filosofía parece ir circunscribiendo su curiosidad al instrumentalismo, es decir, al hallazgo de un método que le permita encontrar no tanto al ser directamente, sino para aprehender el actuar del hombre y llegar a su ser por esa vía indirecta. Poco a poco, como vimos en párrafos anteriores, el ser del hombre se fue consustanciando con el actuar del hombre.

Tal proposición es para mí una consecuencia del criticismo en que la filosofía empieza y termina su cometido de hoy. Quizás no lo haya sido ni del cartesianismo ni del kantismo en sus versiones originales, pero cuando hoy se quiere volver al ser, la filosofía no puede sacudirse ese criticismo, que, sin embargo, ha volcado sobre la meditación una trascendencia hartamente mundana: el hombre sólo es (filosóficamente considerado) en esta vida, en su existir para su muerte o su Nada. Ha sido con esa actitud que la filosofía (aun en planteamientos fervorosamente católicos del existencialismo), ha terminado por sacudir de sus zapatos todo polvo teológico.

También este afán de crítica metodológica —como principio y fin de la filosofía— está acentuado en la llamada filosofía lingüística (“Toda filosofía es crítica del lenguaje”, dice Wittgenstein), que se ha presentado como el nuevo criticismo superador del de Kant, ya que mientras éste estudió el pensamiento como idea, la nueva filosofía lo hace como forma lingüística, palabras, oraciones o discursos, según apunta David Pears (la cita es de Carrió). Si unimos aquello y esto, veremos ya cómo el pensamiento queda atado a la acción sin posibilidad de elaboración reflexiva autónoma.

Probablemente en todo esto finque la razón por la que se ha renunciado a columbrar un ser del hombre teóricamente al margen de su actuar. Por supuesto que, en esta visión, el hecho puede serlo todo y el proyecto nada, con la enorme influencia que tal efecto puede tener en el universo del derecho.

9. ANÁLISIS Y ESTRUCTURAS. *PENSAR Y ACTUAR*

A lo mejor esta imbricación en el ser, del conocer con el existir (o el vivir), ha llevado a los pensadores del siglo xx a cambiar drásticamente algunos aspectos de los procedimientos reflexivos sobre el ser.

El procedimiento empleado por mucho tiempo para conocer cualquier realidad que se nos apareciese como trascendente a nosotros mismos, fue el que algunos han llamado de la *atomización*, o sea el análisis que sectoriza la complejidad del objeto para tratar de conocerlo a través del conocimiento de cada uno de sus elementos componentes.

Reconozcamos que ese procedimiento entraña un peligro (que se patentiza sobre todo respecto de los objetos culturales): el de conformarse con el mero descubrimiento de los sectores sin preocuparse por la visión unitiva, es decir, el de llegar a creer que esos sectores *son*, cada uno de ellos, el objeto o, lo que es peor, que cada uno de ellos forma un objeto que asume independencia. En verdad todos los formalismos idealistas arbitrarios reconocerían su origen en ese desvío.

Aquel peligro y estas consecuencias fueron críticamente exhibidos por los principios procedimentales generales del estructuralismo, que, en ese aspecto de la reflexión, insiste en limitar la metodología de análisis al de constituir un simple procedimiento auxiliar para la captación de los objetos que conforman estructuras (como son, en particular, el derecho y sus *instituciones*), que tienen que ser conocidos por medio de la comprensión captadora de su sentido, lo cual requiere, imprescindiblemente, la consideración del todo estructural.

Sin embargo, también esta idea metodológica puede desnaturalizarse, cuando se la conduce a propiciar la liminar repulsa de todo análisis, confiando en la pura captación directa del sentido de la totalidad por medio de la mera intuición de la estructura. Y aunque los estructuralistas serios (para denominarlos distintivamente de alguna manera) lo rechacen, si el peligro del análisis era un idealismo formalista que comprometía el conocimiento, el peligro de un estructuralismo desbocado puede ser el de un irracionalismo cognosci-

tivo; puede abrir la puerta a un avance de los *a priori* irracionales en la contemplación de los objetos, mucho más allá de lo que admitían los pensamientos filosóficos de los siglos pasados.

Es que, en verdad, las nociones de estructura, por un lado equidistante de la materia y de la idea como existencia y significación, y, por otro, con la referencia al actuar del hombre como significación de lo percibido, poco puede compatibilizarse con el procedimiento analítico —que, quierase o no, siempre arrastra la proposición de una cierta dosis de abstracción selectiva—, como tampoco pueden admitir que los símbolos, signos, verbalizaciones, sirvan para unificar el mundo, desmereciéndolos, por tanto, para planificar proyectivamente la acción, puesto que el conocimiento de la estructura no se alcanzaría sin que ella sea atraída al ser que la capta por su comprensión total, que implica una reencarnación de lo exterior en la subjetividad (algo aproximadamente parecido a la intuición inefable de Bergson).

Supongo que esto ha sido lo que ha llevado, al fin, a rechazar la instrumentación estructuralista en el derecho, no sin cierta violencia (Langsdorf Galagane, *¿Estructuralismo en la filosofía del derecho?*).

Aquello no puede terminar sino en una indistinción entre el pensar y el actuar, o entre el conocimiento y la acción, la que tanta importancia ha adquirido en las meditaciones contemporáneas sobre lo jurídico. Pero lo que tenemos que preguntarnos es si ello corresponde decirlo de las dos grandes direcciones que se reconocen en la filosofía occidental de hoy (las direcciones de la filosofía del lenguaje, que pueden quedar aparte de ambas corrientes, tendrían la misma consecuencia). La respuesta es cabalmente afirmativa respecto del existencialismo: existir es comprender (conocer) existiendo (“La filosofía —conocimiento por excelencia— sólo se

pone en movimiento por una peculiar manera de poner en juego la propia existencia en medio de las posibilidades radicales de la existencia en total", dice Heidegger en *¿Qué es la metafísica?*). Pero me parece que puede serlo respecto de la fenomenología (que no es estructuralismo, como lo presenta algún manual escolar), por lo menos según lo que Husserl denominó *idealismo trascendente*, en que el sujeto se reduce a considerarse como origen del sentido, bloqueando toda afirmación sobre lo dado en la realidad y sobre lo que a él le es trascendente, sobre todo porque en sus desarrollos posteriores el mismo Husserl se encargó de negar cualquier idealismo en aquél, advirtiendo que "lejos de ser... la fórmula de una filosofía idealista, la reducción fenomenológica es la de una filosofía existencial" (según Maurice Merleau-Ponty, *Fenomenología de la percepción*).

10. CONOCIMIENTO Y DIALÉCTICA

A lo largo de sus épocas la filosofía occidental ha sido una continua indagación del ser del hombre. En un principio se preocupó por determinarlo dentro del mundo de los seres, más tarde por trascenderlo de los demás seres (la filosofía medieval tuvo, al fin, ese rasgo saliente, aun en sus preocupaciones teológicas) y finalmente por hallar el procedimiento para conocerlo (desde el racionalismo cartesiano, más o menos, para acá, como hemos visto).

En la antigüedad y en el medioevo se pensaba en el hombre por medio de un discurso que sumaba o coordinaba relaciones deductivamente construidas sobre axiomas intuitivamente aceptados; en el racionalismo dieciochesco se empleó un análisis facilitador de clasificaciones grupales que proporcionara criterios univer-

sales; ¿podemos decir que hoy vivimos la era de la dialéctica como procedimiento cognoscitivo del ser del hombre? Por lo que antes he dicho parece exagerado afirmar que sí, pero ello no empece a que se dé a la dialéctica el importante lugar que asume en la reflexión de nuestra época.

Nacida para explicar la historia como choque de *realidades* contrapuestas, que se rechazan y producen en ese encuentro de repulsión recíproca una síntesis que, a su vez, renueva con otra síntesis la oposición, se trasladó necesariamente al procedimiento cognoscitivo de toda entidad cultural, entre las cuales, por supuesto, se encuentran tanto el hombre como su obra. Originalmente adscripta a la mención metafísica de los objetos, se constituye entonces en un procedimiento relativamente sencillo y *admisible* de captación de sentido; y aunque no todos se hayan propuesto formalizar el traspaso desde la mención metafísica del objeto hasta la metodología para lograrlo, aquél se muestra como rasgo bastante común del pensamiento contemporáneo.

La preocupación por esta metodología está costando muchos esfuerzos últimamente. En primer lugar porque no todos los que la emplean quieren reconocer que lo hacen; en segundo lugar porque cuando es un realista el que aborda la realidad, con ella no hace sino emplear un procedimiento de corte idealista, tanto por su origen histórico, cuanto porque la dialéctica no puede apartarse del sujeto cognoscente impuro, es decir, que coexiste con los objetos y, como tal, asume de ellos determinadas notas que gravitan sobre la captación de su sentido (sobre la impureza del sujeto cognoscente, ver lo que dice Isaacson en *Razón y existencia*, artículo periodístico referente a la obra de Jaspers). Y no cabe duda que es muy complicado ensayar una ontología realista con una metodología idealista (el tridimensionalismo del brasileño Reale es para mí una muestra).

B) LA REFLEXIÓN SOBRE EL HOMBRE

11. *ORGULLO Y MODESTIA. RAZÓN Y DERECHO*

El pensamiento sobre el hombre ha tenido momentos de orgullo y momentos de modestia. En los unos el hombre aparece como centro del universo y dominador de los demás seres, a los que emplea como meros instrumentos de su destino; en los otros aparece como ser entre los demás seres, conjugado con ellos en la común destinación del universo.

Por cierto que la actitud orgullosa no deja de responder a la herencia grecolatina, pero en la Antigüedad el hombre, aunque en plan de ser privilegiado, era otro ser dentro de un universo cosmológicamente concebido, a cuyas reglas se ataba y que minimizaba sus potencias. En nuestra Edad Media occidental, aunque se acentuó la supremacía del hombre como centro del universo en cuanto criatura semejante a Dios, ostentando una libertad que los demás seres no poseían, que se asentaba sobre su voluntad domeñadora de su animalidad y que le permitía lograr su salvación, seguía inmerso en un universo común, aunque éste fuese teológicamente concebido.

Supongo que es a partir del Renacimiento cuando el hombre quiere dejar de pertenecer a un universo común, ni siquiera siendo centro de él. En su reflexión sobre sí mismo, lo que pretende entonces es apartarse y elevarse sobre los demás seres, adoptando una actitud de relativo desprecio por ellos, cuyo núcleo es un golo-so paladeo de la racionalidad, que paulatinamente lo va llevando a dar consistencia a un universo creado dentro de su propia finitud. Recibo esa impresión, por ejemplo, cuando leo algunas páginas de Erasmo o con-

sidero las utopías, que si siempre existieron como dorado sueño político, desde la época del canciller Moro parecieron querer extraer al hombre del mundo social en que fue arrojado a vivir.

Esa dirección de pensamiento que lleva a colocar al hombre por encima y como marginado del conjunto de los seres que no son sus semejantes, se acentúa con una contundencia avasalladora cuando la constatación de su ser trata de obtenerla casi exclusivamente de la autoconstatación de su racionalidad. El *pienso luego existo* cartesiano fue algo así como el trazado inicial de la línea que el hombre colocó entre sí y los otros seres para distinguirse y comenzar a vivir en un cubículo apartado del resto del mundo.

La imposibilidad de constatar en otros seres la facultad de un pensamiento como el suyo, no lo indujo a recapacitar sobre las limitaciones de sus potencias, sino a mirarse como espíritu con características que ningún otro ser podía tener. Fue entonces cuando se lanzó a vivir sin rubores su complejo de Adonis; el siglo de la razón nada hizo por aventarlo: la razón es del hombre y para el hombre, su posibilidad de libertad y su prenda de responsabilidad y, a la vez, el factor que le permite imponer su voluntad al mundo a-voluntario, creando su propio universo con sus propias reglas para sentir y hacer.

Aunque tuvo precursores, como cualquier idea, el tiempo de la modestia comienza, inmediatamente a nosotros, con el idealismo hegeliano, con esa infinitud del desarrollo del espíritu que, como gran engranaje, muele al hombre en la historia y, más tarde, se va sedimentando con el redimensionamiento del ser *natural* de él, aunque esto se expresara en forma bastante poco modesta. Sin duda que el positivismo científico de la segunda mitad del siglo XIX fue una doctrina que expuso su ideología con prepotencia, desprecio y suficiencia,

muchas veces ridículos, pero humanísticamente, fue una filosofía de acendrada modestia: trató de comprender al hombre como punto en el universo de los seres, atado a sus leyes y respondiendo determinísticamente a ellas; dejó de considerarlo como principio mental y fin existencial de ese universo; elaboró la idea del hombre en una magnitud de *infinito relativo* (material), que importaba una actitud enormemente modesta en la reflexión sobre sí mismo.

Los adelantos de las ciencias humanas y biológicas han ido puliendo la idea: las unas mostrando que culturalmente el hombre no es la historia, sino que constituye trazos de historia, en la que civilizaciones y, juntamente éticas distintas, nacen y mueren; las otras colocándolo en una secuencia evolutiva común con los demás seres, aunque sin dejar de subrayar lo que para nosotros tiene de importante lo humano en la infinitud de aquella (siempre hay un Dios después de la última galaxia, el que no sería concebible sin lo creado). El hombre de hoy puede ser el resumen del universo, pero no el fin del universo (Vandel, *El hombre y la evolución*), ni siquiera el fin *mental* del universo. “El hombre no era —dice Simpson en *The Meaning of Evolution*— el fin de la evolución porque la evolución no tiene ni ha tenido jamás un fin... Considerar al hombre como puro accidente da una idea tan falsa de la situación como considerarlo la cima predestinada de la creación... El hombre apareció después de una serie extremadamente larga de acontecimientos en los que orientación y azar desempeñaron, juntos, un papel. El resultado es la organización de la materia más ricamente dotada que hasta hoy haya aparecido en la tierra”. He ahí un orgullo bien modesto.

Sin embargo, mientras esa actitud de modestia se desarrollaba, el hombre, sin dejar de considerarla, voluntariamente trató de ignorarla para poder abroque-

larse en su papel de dominador del mundo y fin de su evolución; el expediente que adoptó fue el de encerrarse en un universo mental propio, encapsularse en su subjetividad, imponiendo a los seres que absorbía a su cápsula, su propia finitud. Este camino, reiniciado o asumido en el siglo pasado por Kierkegaard, como dijimos, y más adelante, aunque en otro sentido por Nietzsche, lo coronó el existencialismo de nuestros días: el mundo es para mí y termina conmigo, al menos este mundo en que yo vivo, que es el único que como hombre debo considerar.

Creo que tendría los efectos de un baño lustral recapacitar, de vez en cuando, en que la distinción con los demás seres por medio de la razón, puede no pasar de ser un artículo de fe, algo primordial en lo que el hombre cree y que —quizás por resultarle tan gustoso o cómodo— ha procurado cubrir con los más ricos ropajes de racionalidad. Por supuesto que reconocer su incapacidad para penetrar con su mente en el mundo de los seres animados distintos del suyo es, precisamente, lo que le permite circunscribirse a reflexionar sobre él mismo, pero sería demasiado aventurado negar, con certeza basada en aquella fe, la existencia de seres diferentes dotados de una razón o de lo que haga sus veces, entre los que nos rodean. Me parece casi violento referirme a lo que los sociólogos han llamado la “fascinación de las sociedades animales”, en las que encuentran la exaltación de un espíritu social que muchos no pueden concebir sin una verdadera cerebración de reglas.

Pero aun sin considerar ese avance científico, ¿cómo afirmar, si no es por la fe, que las hormigas no se relacionan entre ellas a través de pautas de “razón”, creadoras de “cultura”, si no podemos contemplarlas más que desde *fuera*, ya que nunca hemos podido relacionarnos con su mundo?

Lo que nos distingue de otros seres animados que materialmente están fuera de nosotros, no es *la* razón, sino *nuestra* razón (que incluye, por supuesto, los contenidos emocionales de nuestro ser espiritual). Lo que construimos lo construimos en función de nuestra razón, pero la cultura que así confeccionamos no nos permite negar otras dimensiones de razón y la elaboración de una cultura que no sea la humanamente nuestra, aunque tengamos que emplear otro vocablo para designarla. Aquello lo hacemos así porque la cibernética de nuestra cabeza no nos da para más.

La razón que manejamos es nuestra razón histórica. Esto parece obvio y lo dijeron con claridad Leibniz y Vico, pero no parece haber calado en el hombre contemporáneo; comprenderlo, asumiendo sin vergüenza nuestra incapacidad mental para negar con certidumbre otras razones en otras historias, nos haría entender que nuestras construcciones son magnas en nuestra historia, pero que nada obsta a que podamos proponérselas como infinitamente diminutas con ese resto de universo con el que no podemos relacionarnos, sino apenas alcanzar el conocimiento (filosóficamente pobrísimo) de sus conexiones mecánicas.

Con ello no tenemos por qué acudir a ningún irracionalismo para otorgar su mundo al hombre; es más, así podemos plantearnos sin exageraciones que la razón es el aliento de nuestra vida de hombres, pero la razón que a nosotros nos compete, sin entrar en inútiles conflictos de precedencia. Y si bien para distinguirnos de los demás seres nuestros módulos de racionalidad constituyen un artículo de fe que podemos o no aceptar, para nuestro quehacer cultural es una fe que necesitamos imprescindiblemente, sin la cual nada podemos hacer con sentido. En ese su mundo el hombre se despoja de su animalidad para convertirse en el ser racional hacedor de su historia, en la que funda reglas

con universalidad y se relaciona entre sí por medio de un lenguaje significativo de valores comunes (Brunschvigz, *Las edades de la inteligencia*).

El derecho tiene mucho que ver con todo esto. Es el pensamiento sobre la temática que acabamos de exponer lo que da forma a nuestras visiones sobre él, que no puede concebirse sin la comunicación significativa entre los hombres, ya que se mueve en el plano de la cultura donde la norma proyectiva se hace posible, aunque en él la racionalidad que produce aquella significación comunitaria no lo sea todo, puesto que el plasma circunstancial donde el derecho se mueve está también compuesto por seres distintos del hombre, entre los cuales ocupa éste un lugar, así como que el derecho nada puede hacer en una atmósfera de pura subjetividad donde el hombre se encierre con sus particulares e intransferibles significaciones.

Son estas consideraciones las que nos permitirán situar el derecho, determinar las significaciones comunes que pueden transmitirse a los hombres plurales y medir la efectividad de las proyecciones que instrumenta.

12. *EL PENSAMIENTO SOBRE EL HOMBRE COMO JUGUETE DEL HOMBRE*

Podría decirse que la gran preocupación del hombre de nuestros días se refiere a la dilatada diferencia que nota entre las respuestas que ha alcanzado en algunos aspectos de su vida en el mundo, con respecto a las que ha alcanzado en otros, en que la misma complejidad o inseguridad del método que le ha sido posible emplear, no le ha permitido traspasar hitos muy alejados del punto de partida.

No es ninguna novedad que dentro del marco general de la aventura del pensamiento, el universo de la

técnica, asiéndose a la observación y a la inducción, manejando dimensiones de objetos que permiten fácilmente aquello en cuanto colocan a éstos a distancia del observador, se ha llenado de respuestas cada vez más perfectas que, a la vez, le han permitido o dominar, o cuando menos, reproducir muchos de los fenómenos con que se mueven los objetos en esa dimensión: el hombre, cada vez con mayor precisión, está alcanzando el poder, no sólo para fabricarlos, sino también en alguna medida, para hacerlos vivir relativamente marginados de las circunstancias de la naturaleza.

Este avance, que ha otorgado a la humanidad posibilidades que hace mucho no superaban la ficción, está asustando al hombre hasta llegar a amordazarlo en una sensación de pánico, sobre todo porque se ha dado cuenta de que las respuestas que ha obtenido sobre sí mismo, sobre su esencia y su finalidad, han quedado muy rezagadas con respecto a la perfección de las respuestas técnicas. Y entonces, o desemboca en un optimismo ciego, o en un miedo cerval a lo que vendrá; posiciones ambas que implican un turbio fatalismo y, con él, una tenaz renuencia a emplear los esfuerzos necesarios para conocer su destino, en la medida indispensable para sus proyectos vitales.

El hombre por largos siglos ha buscado respuestas sobre sí mismo con pretensiones de validez absoluta. En un momento determinado de la historia creyó haberlas encontrado, y entonces, durante un corto tiempo, se le quitó el miedo al futuro por conocer, su espíritu se llenó de paz junto con la fe en un progreso en el que su destino coincidía con el dominio técnico de la materia, y pudo entonces pensar en la felicidad universal como posibilidad concreta de la evolución o de la revolución; ese fue el tenor filosófico del siglo XVIII. Pero al comenzar a plantearse dudas sobre el progreso como línea aceptable del proyecto histórico, poco a

poco se fue conformando con dejar de lado la reflexión que le había dado respuestas sobre sí para abocarse, sañudamente, a una reflexión que se limita a indicarle problemas, a formularle interrogantes, que lo enfrenta con el tantalismo que aleja las respuestas cada vez que cree estar cerca de ellas. La filosofía de soluciones ha sido sustituida por una de interrogantes puros, donde la tarea se convierte en una crítica sobre la formulación correcta de las preguntas.

Esto, para mí, ha tenido mucho que ver con el hecho de que el vacío ha venido a ser llenado con un desarrollo vicioso de la aventura del pensamiento del hombre sobre el hombre, que parece haber creado un juguete monstruosamente complicado, con un número de combinaciones tan infinito, que nunca se van a poder avizorar: un juguete con luces y movimientos que no tendría finalidad concreta alguna, o que sólo tendría el fin de permitir al hombre jugar con el hombre un juego interminable.

Aunque parezca exagerado, yo no sé si algunas de las concepciones de la vida o de las actividades humanas como meros mecanismos lúdicos (la política, la guerra, el proceso judicial y otras) —peligrosísimas cuando las adoptan quienes tienen un poder tecnológico sin tasa para volcar en el juego—, no arrancan de esa convicción desesperanzada de una búsqueda de respuestas que se inicia renunciando a encontrarlas. Quién sabe si ello no ha repercutido en una situación de nirvana a-voluntarista que ha llevado al hombre del siglo a dejar en manos de un Estado, personalmente irresponsable, el desafortado dominio de la tecnología con la que se ensaya el juego del poder, también sin destino trascendente y, por tanto, bastante nihilista.

Sea eso cierto o no, lo que podemos sostener con bastantes datos, es que el hombre del siglo xx ha tomado conciencia de que está inmerso y dominado en y por

una ciencia sin reflexión y una filosofía especulativa que apenas le están dejando la esperanza en la supervivencia como especie pensante (ésta es la prédica de Edgar Morin: conformémonos con el tibio optimismo de la esperanza).

Ahora divaguemos un poco.

La circunstancia de que se crea que a todo nivel vivimos una atmósfera de juego, es algo sobre lo cual debemos recapacitar, porque acarrea importantes consecuencias, sobre todo en el derecho.

Claro que cuando me refiero al juego, no lo hago en el sentido de aquellos que Huizinga (*Homo ludens*) indica como factor creativo de las sociedades arcaicas, sino al juego pueril, o a la puerilidad del juego.

Grandes sectores de nuestras sociedades, incluidos sus dirigentes por supuesto, muestran (las motivaciones son múltiples) o una acentuada tendencia a la puerilidad o un conformismo con ella. Y como aquel autor lo hace notar, en la puerilidad hay una renuncia a la madurez y a la racionalidad, una tenaz vuelta a la pubertad o a la adolescencia, que produce proclividad al manejo de las sociedades —aun a nivel mundial— como un púber o un adolescente maneja sus cosas y sus relaciones con quienes lo rodean. No sé si se advierte hasta dónde, en las direcciones de las llamadas potencias centrales, la estrategia de la lucha por el poder mundial alcanza ribetes de puerilidad; creo que para medirlo basta la somera lectura de algunos documentos, como son las memorias o discursos (los de Kissinger no tienen desperdicio) y hasta algunos estudios de estrategia militar (recomiendo los del mariscal Sokolovsky, para no parecer parcial). Por supuesto que la magnitud de los fines no aleja la puerilidad de las formas mentales con que se plantean los medios; por el contrario, acentúan su irracionalidad.

Esta puerilidad en el *juego del poder* ha venido a conjugarse con ciertas ideas sobre la guerra, cuya exactitud no pongo en tela de juicio, porque no poseo elementos para hacerlo, pero que al unirse su fatalista aceptación con aquella atmósfera de puerilidad lúdica, ha transportado la función y los límites del derecho a una zona sombría donde se confunden y esfuman.

Me estoy refiriendo a la idea de la necesidad sociológica de la guerra, sea como paso económico indispensable para eliminar el exceso de fuerzas productivas, que no alcanzan a disipar las obras faraónicas, ni el aumento de los servicios, ni pueden dilapidarse del todo con la extensión del ocio (lo que no alcanza a gastarse mediante el consumo se tiene que hacer desaparecer en la *consumación* de la guerra, nos decía Bataille, si mal no recuerdo, en *La parte maldita*), lo cual demostraría que la guerra, la guerra en serio, es patrimonio de las sociedades supercivilizadas y ricas y que nunca una sociedad de esas características va a renunciar a la guerra si se le da el menor motivo. Sea como necesidad etnográfica para solucionar la superabundancia de hombres jóvenes con capacidad técnica (Bouthoul, *Las guerras. Elementos de polemonología*). Sea porque se ha convertido en el único medio que posee la sociedad de hoy para reafirmar la vida colectiva, quebrantando la clausura individualista de la época de paz (Caillois, *El hombre y lo sagrado*).

Aquella puerilidad que impide al hombre situarse racionalmente y actuar con la prudencia de la madurez en el manejo de los seres instrumentales, unida a este sentimiento de necesidad de la guerra, ha influido notablemente para ver el derecho como un instrumento más de la guerra, desconociendo que su verdadera necesidad es instrumentar la paz en las sociedades. Este nuevo derecho no se cuida, desde luego, ni de garantías, ni de seguridad, sino de ser útil como medio de destruc-

ción del indicado como enemigo; en él los hechos lo son todo y los hechos no son más que combate: el proceso judicial se muestra como la justa guerrera por excelencia, pero también al juez se le asigna un papel de combatiente.

Y lo peor es que este derecho guerrero se aplica en épocas de paz. Y es atrozmente perturbador de ella, precisamente por ser un no derecho, una simple parodia, que procura justificar formalmente el aliento de la venganza.

C) LA REFLEXIÓN SOBRE LA SOCIEDAD

13. *HOMBRE Y SOCIEDAD*

Algo que nunca ha dejado de estar en el centro de nuestra atención es el binomio (dída dicen algunos ahora, para no inmiscuirse en las matemáticas) *hombre-sociedad*.

Prácticamente superado en la Antigüedad, planteado en último extremo como términos antitéticos por la patrística que, paradójicamente y con relación a esta idea tuvo una especie de concreción en el concepto renacentista del hombre y en algunas concepciones dieciochescas, ahora nos sigue mostrando un debate que parece no tener fin, puesto que si para algunos son menciones que no tienen razón plausible como antinomia, para otros es ésa, precisamente, la relación que existe entre ellas; y así, mientras para unos sólo es concebible una defensa del hombre por medio de la sociedad, para otros parecería que nos enfrentásemos al dilema de hierro de destruir al hombre para salvar la sociedad o destruir la sociedad para salvar al hombre; quizás sea éste el dilema que en última instancia quiso

describir *El poder* de Bertrand de Jouvenel, aunque su Leviatán siga teniendo el nombre de Estado.

Aparentemente el dilema como tal tendría origen en el pretencioso principio de la filosofía occidental no teológica (y aun teológica), del hombre como *ser-fin*, como único imbuido de finalidad, con referencia al cual todos los demás seres revisten un mero carácter instrumental. Si la contestación es positiva, se suman otros cuantos interrogantes: ¿puede ser el hombre sin sus instrumentos?, consecuentemente, ¿puede ser el hombre sin la sociedad?

Traslademos sin más la cuestión al derecho en cuanto ligazón indispensable para que el hombre pueda vivir en sociedad. ¿No es el derecho lo que *esencialmente* permite al hombre ser en sociedad? Si esto es así, el derecho es una condición de finalidad del hombre, que tiene que ser preservado a toda costa para preservar la sociedad. Pero entonces cabe también preguntar si la realización del derecho tiene que llevarse a cabo aun por encima de hombres-fines determinados para que todos los hombres puedan seguir empleando a la sociedad como instrumento: en otras palabras, ¿es permitido afirmar el derecho a costa de hombres concretos?, ¿es la preservación de la sociedad lo que tiene que perseguir el derecho aun por encima de finalidades individualizadas?

Todas las contestaciones se resumen en una, que enuncia lo mucho de arbitrario que esos interrogantes contienen: el ser del hombre —el que es válido para la reflexión sobre el derecho— no es un concepto antropológicamente autónomo, sino un concepto estructuralmente unitario de *hombre-sociedad*.

En realidad, cuando al hombre le quitamos la sociedad, lo convertimos en un ser-instrumento: el ser-fin del hombre sólo funciona en la dimensión del hombre en sociedad o del hombre-sociedad.

Cuando el hombre defiende el derecho como presupuesto ligante de la sociedad, no defiende a la sociedad, sino que reafirma su propia esencia de hombre. Y podemos acotar aquí algo obvio: la sociedad no es defendida contra el embate de seres instrumentales, sino contra fuerzas generadas dentro de ella misma por los hombres-fines.

Con lo dicho no hacemos bandera de ningún sociologismo desmesurado. Lo afirmado no deja de poder ser compatibilizado con un individualismo referenciado por lo social (humanamente, claro está, no podemos pensar en términos de *individuo* sino refiriéndolos a la sociedad), actuable dentro de las necesidades de subsistencia como hombre-sociedad, es decir, en su esencialidad.

El sociologismo arbitrario o aberrante sólo aparece cuando se entiende que los límites de esas necesidades permiten algo más que la vulneración de ciertas finalidades de individuos determinados, como sería la eliminación de esos individuos como hombres-sociedad; o sea, extender las reacciones defensivas hasta llegar a negarles su misma esencia de humanidad.

Algunas acotaciones a lo dicho nos permitirán ampliar el panorama y reafirmar que el hombre no es completo —es decir, no alcanza a ser hombre— sin la sociedad, ajeno a la cual ni siquiera puede pensarse como sujeto de conocimiento.

Así, por ejemplo, si en algún momento —como pudo ser el de su idealismo trascendental—, Husserl opinó que el dar sentido no es función del sujeto cognoscente como ser del mundo, el Husserl de la última época, el que pretendía volver a empezar desde el principio, se convenció de la imposibilidad del conocimiento sin comunidad (o sea, sin sociedad), y en 1936 escribió (en *Ser y pensar*), este párrafo: “A través de toda experiencia, en tanto que vivo como yo mismo, en tanto que pienso,

soy necesariamente yo, un yo que tiene un tú, que tiene sus nosotros y sus vosotros, el yo de los pronombres personales. Lo mismo que yo soy, nosotros somos necesariamente, en el seno de una comunidad de yo, el correlato de la cosa que abordamos con el título de existente mundano y que siempre ya presuponemos cuando nos dirigimos a ella y fundamos sobre ella un acto de reconocimiento; ahora bien, la presuponemos como una cosa de la que se puede tener una experiencia en común; es en función de una experiencia semejante, como formamos en común la vida de conciencia, ya que no puede estar aislada desde entonces de un individuo a otro, sino compartida inmediatamente en una comunidad; cuando la cosa está ahí para nosotros es real, válida para nosotros". En distintas palabras: el hombre ni puede conocer el mundo como realidad, si no lo conoce en referencias comunitarias, de sociedad; su conocimiento lo forma en esa comunidad.

En resumidas cuentas, la sociedad es un factor de humanidad, una nota, sin la cual el hombre no es. El mismo individuo es relación interindividual (Buber, *¿Qué es el hombre?*). Ni la circunstancia de que el hombre-individuo sea presentado dentro de la sociedad como el filtro recreador de lo social (Soler, *Temas anti-liberales*), ni demostraciones, como las de la sociología del conocimiento, de que la motivación consciente de nuestros actos nada tiene que ver con la causalidad, sino que arraiga en impulsos sociales, nos pueden conducir a escindir lo humano entre lo individual y lo social: lo humano es individuo en sociedad, hombre-sociedad.

En verdad éste es uno de los convencimientos más antiguos de nuestro patrimonio cultural: hasta avanzada la Edad Moderna se concibió que lo originario era el *hombre-polis*; fue sólo a partir de ella —especialmente de Hobbes en adelante— cuando se presentó al indivi-

duo como lo originario y aun como formador de la *polis*, empleando para ello su libertad de individuo; la *polis* apareció entonces como una especie de dato contingente de humanidad, que ya estaba completa en el individuo mismo. Más adelante veremos todas las consecuencias que de esto se siguen para el derecho.

14. *LO SOCIAL Y LA ETERNIDAD*

Vamos ahora a una meditación más compleja, o quizás más discutible, o, si se quiere, más trascendente.

¿Cómo (o qué) nos puede importar el hombre en el mundo si las ciencias biológicas nos han enseñado que, en un principio, pudo haber sido una hierba o una rata y puede terminar siendo algo similar o desapareciendo como especie?, ¿para qué reflexionar sobre el destino del hombre si tenemos que admitir como realidades los sueños monstruosos de Homero sobre hombres convertidos en cerdos o los cuentos infantiles de los hombres árboles?, ¿para qué preocuparnos de nuestra trascendencia, si entre las variadas opciones de nuestro destino, podemos avizorar una que es la extinción de nuestra esencia tal como hoy la concebimos?

No se necesita dar muchas vueltas para reconocer que lo que nos aleja de tan tremendo escepticismo, que nos reduciría al placer de un puro vivir en animalidad, es la pretensión de eternidad, nuestra prolongación en un infinito, que tan clamorosamente reclamaba Unamuno (a quien estamos olvidando demasiado pronto por haber cometido el error de escribir novelas cuando era filósofo y el otro error de ser filósofo cuando escribía novelas).

Y como la experiencia ha demostrado al hombre que esa pretensión de eternidad no puede estar posibilitada por su corporeidad, sólo puede buscarla por el

lado de su alma, es decir, por medio de la supervivencia de la idea, de la idea que se entrañice como secuencia de quienes fueron, son y serán hombres, que aún llegue a permanecer en el seno del universo asida a seres pensantes, aunque el hombre haya abandonado su forma.

Puede decirse que sobre esto todos pensamos como *idealistas*: no nos interesa la imperennidad de las realidades, sino la perennidad de la idea creada por nosotros y en la cual nos movemos. Algunos lo reconocen abiertamente, asignando al hombre (a cada hombre) un destino extrahumano (mejor, extravital), con la idea deambulando por el paraíso o al rescoldo del infierno; otros se conforman con el sentimiento de una sociedad sin fin.

Mas, sea que a esta sociedad en que hoy somos hombres-sociedad, la pensemos como infinita en sus actuales formas, sea que la pensemos con distinta forma, pero siempre como continuación de la idea del hombre, su consideración no puede ser arrancada de los presupuestos de nuestra reflexión sobre el hombre en general y sobre el derecho en particular. Y entonces el interrogante sobre el para qué nos sirve ese sistema instrumental que es el derecho, encuentra una contestación: para perpetuar aquello a lo que se refiere como instrumento, es decir, al hombre-sociedad.

Desde luego, según estas conclusiones, el mejor derecho sería el que permite al hombre ser hombre-sociedad, dentro de un marco de sobrevivencia proyectada como indefinida, sin la cual no valdría la pena pensar en el hombre.

En este sentido todos, además de *idealistas*, somos transpersonalistas.

Sin embargo, gran parte del pensamiento contemporáneo, aunque sin poder desprenderse de estos *a prio-*

ri, procura disimularlos: quiere ser realista y personalista, limitar su reflexión a plazos determinados. Este esfuerzo lo ha llenado de tensiones: se quiere ver a la sociedad como puro instrumento, a nivel de cualquier otro, sin poner cuidado en que una de sus características es ser nota de humanidad, que es lo que hace al hombre ser como es. Y la reflexión sobre el derecho ha pagado también su tributo a este *instrumentalismo limitado*, al pensárselo en términos de efectividad circunstancial, no sólo en las dimensiones de su actuación instrumental, sino también en sus mismas esencias de ser cultural.

15. **SOCIEDAD, ESTADO Y DERECHO**

También de lo expuesto se deduce que, dejando de lado las relaciones puramente mecanicistas de lo social, en principio no podemos formular pregunta alguna sobre la sociedad que no sea, al mismo tiempo, un pregunta sobre el derecho. Pero, a la vez, no podemos separar las preguntas sobre el derecho de las preguntas sobre el Estado. Cualquier indagación filosófica sobre el derecho es, inicialmente, una indagación filosófica sobre la ciencia política.

Estado y derecho son entidades inseparables, por lo menos coinciden en la misma estructura teórica. La indagación sobre el Estado es una indagación sobre el Estado como sociedad política y sobre el Estado como gobierno de esa sociedad política (la distinción, bastante discutida, puede verse en García Venturini, *Historia de las ideas políticas*). Y, en términos groseros, podemos decir que el derecho funciona en el Estado en cuanto sociedad política, como los proyectos de actividad que le asigna a ésta el Estado como gobierno; la descripción no es muy exacta, es cierto, pero sirve para ilustrar lo que queremos decir.

Los pensadores sobre lo jurídico nunca discurrieron separadamente sobre el Estado y sobre el derecho, sino englobándolos en los mismos interrogantes merecedores de respuestas comunes.

El derecho fuera del Estado puede funcionar en la sociedad política como cualquier cosa (como regla de cortesía, por ejemplo), menos como derecho, es decir, como ligazón germinal de aquélla. El derecho no estaría en la sociedad, sino que aparecería como una consecuencia contingente.

Por eso, pensar en un derecho contra el Estado que provenga de fuera del Estado, implica una contradicción. A lo más puede concederse que sea posible pensar en un derecho del Estado como sociedad política que condicione determinadas proyecciones del Estado como gobierno en una función de *aplicación* efectiva de aquel derecho.

Esta simbiosis de sociedad, derecho y Estado es aún más indispensable para reflexionar sobre el hombre en cuanto hombre-sociedad, puesto que el derecho que funciona en el Estado es el único parámetro racional de la vida cultural de la sociedad, ya que es el único factor instrumental que nos permite formular ideas sobre los mecanismos sociales proyectando finalidades. En todas las otras actividades sociales lo racional no pasa de ser un ingrediente de la observación que permite describir, o de los procedimientos que permiten modificar la materia. Es el del derecho el único plano de actividad mundana en que se fijan fines con pretensión de que sean cumplidos en la sociedad por el hombre-sociedad.

16. *EL PODER Y SUS LÍMITES*

Estos pensamientos nos llevan de la mano a reflexionar sobre el poder y sus límites.

En principio, si el hombre es hombre-sociedad (u hombre en sociedad), no parecería lógico pensar en el hombre, autónomamente desprendido de su nota de sociabilidad, como límite del poder considerado en cuanto posibilidad de imposición coactiva, lo que el derecho necesita para configurarse y ser actuado. Ese límite no es el hombre, sino el hombre en sociedad.

Según ya lo hemos insinuado, los absolutismos no repugnan porque vulneren al *hombre*, sino porque niegan el hombre-sociedad al convertirlo en instrumento de la sociedad, que así tampoco *es*. Ya que no es sociedad aquella en la que los hombres no son lo que son. Lo que repugna, pues, es el absolutismo (la denominación es un tanto arbitraria) consustanciado con el irracionalismo de la negación del ser, en el que hablar de utilidad social, defensa social, transpersonalismo estatista, etc., es un dar vueltas alrededor de la nada (me parece que esta idea la formuló Zaffaroni, pero con otra intención). Pero no debemos olvidar que lo mismo puede significar un liberalismo individualista (también la denominación es un tanto arbitraria), que pretende fijar en el puro hombre los límites del poder, sin tener en cuenta lo social de la dimensión humana.

Aunque sea de manera vaga y general, podríamos coincidir en que los límites del poder que el derecho precisa, estarán determinados por las necesidades a cuya atención se lo asigna como instrumento. En primer lugar, lo preponderante sería preservar el ser del hombre en cuanto hombre-sociedad u hombre en sociedad. Un derecho que esté más aquí de esa finalidad sería inútil, el que la trascendiese resultaría destructor.

En caso de que intentásemos resolver en el terreno de la práctica estas ideas, probablemente no estaríamos muy lejos de ellas si especificásemos, como límite del poder que hace y actúa el derecho, el límite de las necesidades para mantener el desarrollo de la vida del

hombre en sociedad dentro del equilibrio de sus factores de humanidad: que se preserve al hombre sin desarmar la sociedad y a la sociedad sin destruir al hombre. Este principio, tan simple como repetido, nos indica que no es derecho ni el que intenta defender la sociedad sin consideración al hombre, ni el que intenta defender al puro hombre marginado de la trama social. El derecho, para serlo, no puede carecer de una fundamentación antropológica, pero ésta fundará el derecho en tanto en cuanto no contenga ni siquiera atisbos de constituirse en amparo de un hombre que quiera mostrarse sin la sociedad. El derecho no es para el superhombre sin mácula de alienación social, respecto del cual sólo se puede mentar un *derecho subjetivo* a la anarquía, es decir, a no tener que sufrir el derecho. Más adelante volveremos sobre esto.

17. LA LIBERTAD Y LA HISTORIA

Cuanto más necesite el hombre de la sociedad, cuanto más avance hacia su caracterización de hombre-sociedad, a más libertades *de hombre* tendrá que renunciar.

Ciertas fundamentaciones antropológicas del derecho parecerían oponerse a este pensamiento, queriéndonos decir que es la persona en su dimensión de hombre (no de humanidad), lo que indica al poder-derecho su *hasta aquí no más*. Pero, a la vez, colocándose en la contingencialidad histórica del hombre, admiten la variable de ese límite, con lo que al fin no dicen nada distinto: aquél sigue siendo el hombre en sociedad; son sus tensiones entre el hombre y la sociedad las que delimitan los hitos del derecho, debiéndose aclarar que éstas no son tensiones de la sociedad simplemente, sino de lo humano.

Cualquier esfuerzo que realicemos para hallar el equilibrado límite del poder, será beneficioso en cuanto admitamos que él depende de las formas históricas, es decir, de las sociedades particularmente determinadas en el tiempo y en el espacio.

Observemos que la mayoría de las sociedades contemporáneas admiten —y de alguna manera promocionan— la violencia abortadora de todo derecho, como actitud común. La violencia desenfrenada, de simple respuesta de mecánica social, parece haberse trocado en sentimiento de normalidad de vida, como si fuese la única forma a la que el hombre puede acudir para tratar de ser individuo en sociedades que niegan su individualidad. Por supuesto que no es algo descartable la afirmación de que la violencia haya sido una manifestación anómala del yo siempre existente, pero la estructuración de la sociedad actual la ha hecho más notable, más corriente; la ha *masificado*: ninguna sociedad de ratas puede vivir su apiñamiento en paz. Al comenzar el siglo, las *Reflexiones sobre la violencia* de Sorel eran premoniciones o deseos, búsqueda de medios para hacer una nueva sociedad, utópicamente entrevista y querida; pero ni al mismo Sorel se le hubiese ocurrido pensar en la violencia como modo de vida de la sociedad, casi como necesidad de preservación, como vimos al relacionar la guerra con el derecho en párrafos anteriores.

Y hoy parece vano pensar en arreglar esto —como con relativo éxito lo intentó el siglo XIX—, simplemente disminuyendo la proliferación o la severidad de los controles (también signados por la violencia, claro está), sino que será imprescindible buscar nuevas formas de ellos que se adecuen mejor al discurrir de la sociedad tal como ahora es.

Se sabe que la especie, el número, la intensidad de estos controles dependen de cómo se manifiesten las re-

laciones de la sociedad política en que los hombres aceptan o tienen que vivir según las condiciones materiales de que puedan echar mano. Sería ridículo negar, por ejemplo, que en una sociedad como la europea desde fines de la Edad Media hasta después de la mitad del siglo xvii, con un Estado-gobierno de monarquía absoluta personalizada, se necesitasen, para que aquélla sobreviviera según su modo, controles sociales compatibilizados por un derecho pródigo de sangre, estrictamente aniquilador de cualquier individualidad que, para desarrollarse, amenazara con quitarle la más pequeña brizna al poder de aquel Estado. Pero también sería ridículo sostener un derecho que obligara a los absolutismos tecnocráticos despersonalizados de nuestros días, a que resignen el poder que ejercen con la finalidad de nivelar la incentivación del progreso técnico con el consumo, en tanto la sociedad no se transforme.

Sería vano reclamar que el derecho renuncie a controles que siguen conduciendo al hombre a ser hombre en la sociedad en que vive; pensemos que el derecho necesita para proyectarse cierta dosis de voluntarismo y que no hay ninguna voluntad individual tan poderosa para crear una nueva sociedad, por lo menos sin producir la hecatombe artificial de la sociedad que intenta transformar, justamente por la eliminación de todo derecho.

18. NUESTRA SOCIEDAD DE MASAS Y EL DERECHO

Quejémonos todo lo que queramos de nuestra sociedad de masas tecnocratizada, pero no pensemos en transformarla a golpes de reformas legislativas; aceptémosla como la realidad que hoy condiciona nuestro ser con humanidad, y programemos la juridicidad dentro de sus cauces, o de los que, con moderada expectativa, podamos prever que se darán.

Cada uno de nosotros puede sentir gran repugnancia por el modo de vivir que nos impone, pero no es nada cuerdo propugnar que sus componentes la abandonen, superándola a nivel individual, mientras no se operen ciertos cambios en las condiciones (materiales y espirituales) de vida.

La actitud contraria es la que está llenando de conflictos insolubles el pensamiento jurídico, que han ido cristalizando en una continuada denuncia de la sociedad masificada y consumista como destructora del hombre.

La intensidad que han alcanzado algunas corrientes existencialistas (muy a la francesa, es decir, verborrágicamente renovadoras, pero en el fondo bien burguesas y ultranacionalistas), propugnando una especial rebelión contra la rebelión de las masas, está enfilando sus baterías contra la solución de necesidades cuya existencia es innegable. No es raro que se mire al progreso tecnológico exclusivamente por su lado malo de deshumanización; y de ahí a llegar a maldecir otros aspectos del progreso —algunos de los cuales nos permiten seguir existiendo— puede convertirse en una mera cuestión de verbos.

Por otro lado, pese a lo justificada que puede ser aquella denuncia para muchos de nosotros, considerando lo anonadante que el actual modo de vida puede resultar para nuestros gustos y aspiraciones, no debemos olvidar que la pregunta que tenemos que contestar es si lo es también para el hombre-sociedad. Responderla desde el punto de vista de aquellos nuestros particulares gustos y aspiraciones no parece muy atinado; si intentamos objetivar la respuesta nos encontraremos con que el hombre *es*, hoy, porque la sociedad es como es y resultaría descolocado de cualquier esquema de posibilidades querer insuflarle artificialmente otra esencia distinta.

Es por consiguiente, dentro de esta sociedad y con márgenes de futuro lo menos utópicos posibles, como tenemos que pensar en el derecho, tanto en el que es, como en el que deberá hacerse para sostener la plurieistencia de vida en sociedad, es decir, para preservar al hombre-sociedad.

El derecho necesita cierta confianza en la sociedad para poder operar; si no la tiene, corre el riesgo de convertirse en un no-derecho, en un factor destructor de la sociedad, a cuyas necesidades tiene que proveer y cuyas direcciones tiene que encauzar. Lo que no deja de ser un peligro muy concreto en la actualidad, ya que es innegable una actitud negativa del hombre moderno ante la sociedad en que vive, que no se traduce en un mero sentimiento o deseo de cambio (lo que sería muy normal), sino en una tendencia a desarraigarse de la sociedad (lo cual, sin ser inédito, no se había planteado como sentimiento vivo y generalizado en muchos siglos).

Las grandes creaciones jurídicas, los sistemas de derecho con acentuadas posibilidades de permanencia, se han engendrado en momentos de enorme confianza del hombre en los destinos de la sociedad en que vive (aunque se los estereotipe con rigidez en los momentos de crisis). Así ocurrió con el derecho romano y también con el derecho liberal del siglo XVIII. Hoy, en cambio, estamos transitando una época de desconfianza en la sociedad, lo cual no puede producir más que un derecho transitorio, enfermo de crisis, con notas de antiderecho en muchos casos.

Las vertientes por las que afloran las críticas escépticas, alentadas por acontecimientos negativos de nuestra vida en sociedad, son muchas, pero las más destacadas atienden a la intrascendencia histórica de ciertos valores, que en alguna instancia se consideraron necesarios para cohesionar a la sociedad, encuadrar los mo-

dos de actuar de los sujetos sociales e inspirar los proyectos de sus dirigentes.

Ese escepticismo pugna por desmerecer al máximo la idea de que en la sociedad de hoy exista un germen de progreso beneficioso para el hombre.

El enjuiciamiento de la llamada *filosofía del progreso* de los siglos xvii y xviii fue iniciado por el historicismo y, si en principio la reacción que él introdujo no fue un ataque directo contra la sociedad (Croce, *El nacimiento del historicismo*), no se hizo esperar la crítica negativa a la manera de Spengler (*La decadencia de Occidente*), a la que se agregó otra de contenido religioso, como fue la de Berdiaeff (*El sentido de la historia*), que acusó al "mito del progreso" como "teoría que sólo reserva la muerte y la tumba a la masa enorme, infinita, de generaciones que han vivido", ya que, según él, aquella filosofía haría que "sólo... en el vértice de la historia, aparecería... una generación de hombres felices que gozarán de la mayor plenitud de vida, de la felicidad y de la perfección suprema... La religión del progreso considera a todas las épocas humanas no como fines en sí, sino como instrumentos que sirven a la construcción del futuro".

En otro aspecto se acusa al maquinismo generalizado en nuestra sociedad, de haber bloqueado las posibilidades de vida interior del hombre, o por lo menos de haber conducido esa vida a una anormalidad dislocante (Bernanos, *Francia contra los robots*). Y a los dirigentes de ignorancia supina, porque si ellos son hoy los técnicos y los científicos, "se trata de una casta de hombres sobremanera extraños. El investigador que ha descubierto un nuevo hecho de la naturaleza tiene por fuerza que sentir una expresión de dominio y de seguridad de su persona. Con cierta aparente justicia se considerará como 'hombre que sabe'... se comportará en todas las cuestiones que ignora, no como un igno-

rante, sino con toda la petulancia de quien en su cuestión especial es un sabio" (Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*).

D) EL PODER Y EL LEGISLADOR

19. LA FIGURA PRÁCTICA DEL LEGISLADOR

Pero no podemos plantear en los mismos términos la figura del hombre que hace el derecho, es decir, del legislador, que la figura de cualquier integrante de la sociedad.

En primer lugar el reconocer que el límite del poder-derecho viene impuesto por las necesidades del hombre en sociedad u hombre-sociedad y que es, precisamente, la reflexión sobre ese límite la que nos permitirá aprender lo que es el derecho en función de lo que instrumentalmente tiene que ser, es lo que nos induce a indagar, con cierto cuidado, la naturaleza práctica del legislador.

Quien se limita a *estar en la sociedad* apenas posee un conocimiento parcializado de aquellas necesidades. De tal manera, su voluntad no puede extenderse a la atención de necesidades que directamente no le atañen, porque no las conoce o no las conoce como necesidades. Lo que indica que, en principio, únicamente pueden acceder a la formación del derecho —aun en la forma del descubrimiento del derecho *preexistente a la normatividad* que más adelante explicaremos— quienes, estando en la sociedad, por nominación efectiva desempeñan función de receptadores de necesidades, lo que les permite sumar, a su propia visión parcial, otra más completa o general, que se ve facilitada por el alejamiento respecto del estar en sociedad que la función nominada les requiere.

En este aspecto un examen desprendido en lo posible de toda subjetividad, nos dice que no puede legislar quien no tiene la obligación de procurar colocarse a distancia de la sociedad en que como hombre-sociedad tiene que estar. A lo largo del tiempo, para todos los pensadores, la posibilidad de hallar un tal legislador ha sido la única garantía contra el caos ultrasubjetivista.

Lo cual implica, como regla práctica, que no por *estar en la sociedad* cualquiera puede obtener el título de legislador. El legislador tiene que prepararse, no sólo limitándose a vivir en la sociedad, sino tratando de adquirir la calidad anímica que le permita apartarse *visualmente* de ella, tomando distancia para detectar las necesidades de sectores que no le son propios, dominando ciertos parámetros de historicidad para poder proyectar el derecho hacia el futuro, que es de la esencia de su instrumentalidad. Si alguien quiere denominar a esto elitismo, dejémoslo; se tratará de una aristocracia del conocimiento de buen cuño, que cuando ha sido dejada de lado en determinadas sociedades, han entrado ellas en crisis destructivas de las más agudas, en las que el derecho pierde su vocación de generalidad, confundándose con reglas que nada tienen de jurídicas.

A lo largo del tiempo, algunas fundamentaciones del derecho exponen con acritud su desagrado por ese elitismo del conocimiento, su repulsa displicente por todo derecho que únicamente sea conocido por "sectas de iniciados". Las palabras duras siempre van más allá de las intenciones.

Pocas veces una forma de sociedad ha necesitado tanto un legislador y/u operador del derecho específicamente nominado y preparado, como lo requiere la nuestra. Si antes el devaluado elitismo se apoyaba sobre las escasas posibilidades de alcanzar ciertos conocimientos, hoy, cuando el círculo de los conocedores ha

sido ampliado por la técnica a esferas incalculablemente masivas, los factores de selección nominativa tienen que recurrir a circunstancias particulares que otorgan a ciertos hombres una singular predisposición para ver la sociedad en perspectiva, a pesar de estar dentro de ella.

Aun el revolucionario populista más recalcitrante tiene que reconocer, por lo menos, que sólo el hombre relativamente *desalienado* puede asumir la visión crítica de la sociedad que le permita proyectar el derecho dentro de los cauces posibles de que antes hablábamos.

Pero, aunque no partamos ni siquiera de esa actitud, a nadie se le puede ocurrir que aquel que no posea una mínima capacidad para distinguir las líneas de los cauces próximos de la sociedad, detectando otras necesidades además de las que a él le tocan como individuo, pueda confeccionar un derecho que verdaderamente sea derecho, u operar con el derecho sin transformarlo en un no-derecho.

Un bioquímico que se limita a estar en la sociedad, puede hacer grandes descubrimientos; un arquitecto que se limita a estar en la sociedad, puede levantar bellos edificios; pero es muy discutible que quien simplemente está en la sociedad, sin reflexionar proyectivamente sobre ella con perspectiva, pueda construir derecho o entender el derecho proyectado para poder operarlo.

Otra cosa muy distinta es pretender que ese indispensable elitismo se consolide en un círculo cerrado de individuos, con atributos arbitrariamente requeridos, impidiendo nominar a otros que, poseyendo las capacidades necesarias para legislar u operar con el derecho, carezcan de aquéllos. Éste es el elitismo que merece anatema.

La insistencia en que el derecho no debe ser patrimonio de una *secta de iniciados* es una muletilla demasiado común en la literatura jurídica de nuestros días (y que en la práctica ha creado más de una lista ne-

gra). Claro que tiene razón el que exige que la ley esté redactada en lenguaje ininteligible para su destinatario primario, esto es, para el súbdito que debe obedecerla, no sólo para el juez que tiene que aplicarla. El reclamo de un *lenguaje natural* para la ley (Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*) no es, por sí, una exigencia exagerada, mientras no implique una rotunda innovación vulgarizadora del lenguaje jurídico, puesto que entonces el resultado no sería el deseado, sino una acentuada ininteligibilidad para todos.

Tampoco quiere ello decir que cualquiera pueda legislar con efectividad o que el legislador, en esa función, pueda utilizar el lenguaje que se le ocurra. La naturaleza cultural del derecho ha suscitado, en su desarrollo histórico, figuras, formas, giros, palabras de contenidos determinados, válidos generalmente, o, por lo menos, válidos para una comunidad determinada y cuya transferencia a un lenguaje natural que se confunda con el vulgar, puede traer confusiones y, por tanto, resultar anodadora de la eficacia del derecho durante prolongados lapsos, perturbando innecesariamente el desenvolvimiento de la sociedad.

El legislador, a la vez que tiene que poseer capacidad para avanzar con su pensamiento sobre las proyecciones prácticas de su obra, tiene que poseer también la de despersonalizarse, empleando como es debido las formas expresivas que siguen teniendo significación (Soler, *Interpretación de la ley*); en resumen: la de saber crear derecho sin renunciar al derecho.

20. EL DERECHO COMO IMPOSICIÓN Y OTRO POCO MÁS SOBRE LA FIGURA DEL LEGISLADOR: EL LEGISLADOR SOBERANO Y EL ESTADO DE DERECHO

Salgamos ahora del campo de la práctica para ver desde otro ángulo la figura del legislador.

A lo mejor ciertas nuevas concepciones de lo jurídico nos estén haciendo perder de vista lo que el derecho tiene de *imposición*.

El tema está directamente referido a la creación del derecho como ingrediente social en el que no se pueden separar las notas de poder-imposición. Pero esas notas también se trasladan a la configuración del legislador como ente cultural.

Admitamos que una cosa es estar relacionado *con* la sociedad y otra estar relacionado *en* la sociedad.

Recurriendo al antiguo ejemplo escolar de los juristas, veamos cómo Crusoe estaba relacionado con la sociedad (en cuanto disponía de elementos producidos en ella), pero no estaba relacionado en la sociedad porque no tenía semejantes alrededor de sí.

Admitamos también que quien necesita del derecho es el relacionado en la sociedad; el que sólo está relacionado con la sociedad no necesita del derecho, pero él es quien puede crearlo (como regla de imposición obligatoria) para otros seres que, siendo semejantes entre sí, no son semejantes a él. El legislador, en función de tal, es decir, creando originariamente el derecho, no es un semejante de los otros componentes de la sociedad, puesto que si lo fuera sería absurda su pretensión de imponérselos.

En su momento histórico el rey absoluto era, en el pensamiento iusfilosófico de la época, un individuo relacionado con la sociedad, pero no en la sociedad; por eso creaba el derecho para los que no eran sus semejantes, pues era a ellos a quien se los podía imponer (el derecho entre los reyes no era derecho, sino deberes de familia, de cortesía o de guerra). Pero el derecho por él creado no podía obligarlo sino a través de la ficción de la *autoimposición* (hasta allí llegó el despotismo ilustrado), que deja de serle obligatorio en el momento en que él lo desee (nada tiene, pues, de imposición).

Cuando los reyes colocados por encima del derecho fueron desapareciendo, como no se pudo volver a la realidad de la *polis*, se volvió a la ficción del Estado o del pueblo como legislador, lo cual había sido ensayado ya (con sus particularidades) por los romanos del período republicano. El Estado (el pueblo para unos, la sociedad política para otros, el gobierno para unos terceros), sea tomado con criterio organicista o negado como organismo, es el rey de la sociedad moderna. Pese a las pretendidas revoluciones que han tenido lugar desde fines del siglo xvii hasta hoy, seguimos en un régimen político de monarquía absoluta; de las monarquías de antes apenas nos separan ciertas formalidades verbales, una tímida juridización de los asaltos periódicos al poder y, felizmente, cierta decadencia de la etiqueta. Y este rey con distinta denominación es el que tiene el poder sobre quienes no son sus semejantes para detectar (determinándolas) sus necesidades y proveerlos de reglas obligatorias que atiendan a ellas; sigue siendo un ente social relacionado con la sociedad, pero no en la sociedad.

Las ideas políticas de nuestros días nos quieren mostrar un *Estado de derecho* en que el Estado parecería no estar por encima del derecho sino limitado por él, es decir, un Estado *en* la sociedad, no sólo relacionado con la sociedad, lo cual parece impensable, pues aquella subordinación del Estado al derecho no pasa de ser una autoimposición, que, como vimos, no es más que una ficción de obligatoriedad, si no se acude a una ficción de mayor envergadura todavía.

Por ejemplo, el hecho de que el Estado admita ahora responder por ciertos daños causados a los miembros de la comunidad por la actividad funcional de quienes lo representan actuando el derecho (que de haber existido un rey absoluto personalizado sí hubiese pesado sobre su patrimonio), no es una obligación que

recaiga sobre el Estado, sino sobre los otros componentes de la sociedad, que son los que contribuyen para hacer efectiva la reparación. Y nada digamos de otras responsabilidades más subjetivizadas, como la penal. Si bien se mira, no está muy lejos de la realidad la idea de Bertrand de Jouvenel, que nunca el mundo político occidental ha reconocido una monarquía absoluta más férrea que la del Estado contemporáneo. Y sería plantearnos las cosas en otro plano si tratásemos de medir la maldad o bondad del Estado según sus parámetros de autoimposición del derecho, de lo cual aquí no tratamos.

Sin embargo, el gran problema de la iusfilosofía política contemporánea es tratar de fundamentar un Estado-legislador relacionado en la sociedad, no sólo con la sociedad. Semejante legislador no existe en la historia, pues de haberlo no sería legislador.

En este aspecto lo que puede tener visos de congruencia (aceptemos o no la fe que ello implica) es el camino —muy común en el ideario jurídico— de buscar las limitaciones en instancias superiores a la misma vida en sociedad, que es el círculo donde el legislador impone su derecho. Esas instancias superiores son u otro ser concebido a su vez como legislador, es decir, Dios, que determina una ley divina convertida en ley natural en la mundanalidad y que el legislador hombre no puede traspasar o desconocer, o un instinto o sentimiento de supervivencia de la sociedad que, como necesidad superior, condiciona su ordenamiento.

Pero en el esquema interno de la sociedad política, como realidad cultural, es decir, humanamente histórica, es inconcebible un legislador que, además de legislar para otros, legisle para sí mismo, por lo menos cuando legisla originariamente.

Aunque apenas las conozco por la cita de Carrió (*Sobre los límites del lenguaje normativo*), me parecen in-

teresantísimas las notas de John Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*), acerca del soberano (que corresponden a la figura del legislador creador de derecho, al que nos hemos referido).

El soberano no es susceptible de limitación jurídica, pues si tuviese algún deber jurídico, dejaría de ser soberano; pero tampoco tiene facultades jurídicas sobre sus súbditos: si no tiene deberes jurídicos, tampoco tiene facultades jurídicas, porque ambos son impuestos y otorgados por el derecho positivo, que no rige sobre el soberano. Él puede hallar la fuente de sus facultades sobre sus súbditos en la ley de Dios o en la ley moral, en tanto que ellas les impongan a dichos súbditos el deber de obedecer al soberano, pero no serán facultades jurídicas.

Lo que sin duda constituye un círculo para salir del cual habrá que reconocer, que lo que no es imposición jurídica deviene tal en virtud de la efectivización del deber de obedecer del súbdito que da la puntada inicial del poder de imponer el derecho creado por parte del soberano. Pero sea o no ésa la conclusión por medio de la cual lleguemos a resolver la ecuación del soberano marginado de lo jurídico, según la propone Austin, lo dicho basta para avanzar un poco más sobre la idea expuesta en el texto precedente.

Porque nos demuestra que quien legisla, o legisla como soberano o legisla como súbdito, así como también que este último grado legislativo tiene relativamente poco de legislación en el cabal sentido de la expresión, ya que apenas supera la tarea de acomodación de ciertos contenidos dentro de formas limitadas por el derecho preexistente.

El verdadero legislador, el legislador soberano, es un creador no limitado. En un régimen constitucional, el único legislador que tiene ese carácter es el que podemos denominar —con un poco de temor a no ser

exactos— *Poder Constituyente*. En un régimen tal el Poder Legislativo es, al fin, un simple aplicador, un encuadrador de contenidos en formas dadas que lo limitan y que no puede traspasar so pena de negar toda eficacia a su obra; en otras palabras, el Poder Legislativo es un poder limitadamente creativo, que sólo se diferencia del Judicial en cuanto éste decide encuadres *ex post facto* mientras que aquél lo hace proyectados al futuro, o sea, *ex ante* desde el punto de vista de la facticidad.

Lo dicho indica que la expresión *Estado de derecho*, tal como la emplea vulgarmente el hombre político de nuestros tiempos, sólo tiene sentido cuando se la refiere a cualquier poder que no sea el Constituyente; si se pretende extenderla a éste queda hueca de sentido. A su respecto sólo sería correcto hablar con referencia a instancias superiores, de un *Estado ético*, o de un *Estado social*, o de un *Estado divino*.