

## ¿El derecho mal necesario?

*Gustavo Cosacov*

**I.** ¿Cómo gobernar un pueblo de demonios? La pregunta kantiana no pierde actualidad. Al contrario, el hombre egoísta del capitalismo clásico, que subyace en la visión antropológica de Adam Smith, ha sido superado por el hombre contractual del capitalismo contemporáneo.

El primero se caracterizaba por su egoísmo al pactar, aunque se mostraba dispuesto a cumplir sus promesas. Su visión interesada y calculadora le permitía hacer contratos ventajosos logrando así que los vicios privados contribuyeran a las virtudes públicas (el mercado como gran distribuidor de recursos con su mano invisible).

El segundo se caracteriza por su disposición al fraude, a la mentira, a la violencia y a evadir, si puede hacerlo, su responsabilidad. Cabe señalar que esta caracterización no tiene como función predecir, sino construir un modelo jurídico-económico-político de control social. Se trata de supuestos subyacentes a los ordenamientos, apoyados en complejas formaciones culturales.

Podríamos decir que son tipos ideales que funcionan como supuestos antropológicos del derecho y la economía y la política. En el costo de las naranjas del verdulero está incluido lo que es necesario controlar para que nadie se robe las naranjas y para que las naranjas tengan jugo. El ejemplo es pequeño, pertenece a la vida cotidiana, pero justamente allí está el núcleo significativo de la cuestión. El pueblo de demonios es objeto de control por parte de las instituciones cuyo costo el pueblo paga. Y los costos son enormes. Pero al menos por ahora inevitables.

**II.** La cuestión de la relación, o falta de ella, entre la “insociable sociabilidad” y la cuestión del “mal radical” en el pensamiento kantiano tiene diversas lecturas. El primer sintagma, que tiene la estructura de oxímoron,

es el modo de nombrar la existencia de dos tendencias presentes en la idea kantiana de hombre. Más allá de las disposiciones propias de la especie (considerado como animal) que llevan al agrupamiento gregario, el hombre como humanidad, tiende a aislarse y dar su propio sentido y dirección a su existencia. Pero más allá todavía, el hombre como personalidad (que conoce la ley moral) está capacitado para el bien, lo que incluye un modo de sociabilidad de un grado cualitativamente distinto que el primero. Es en este nivel, y solamente aquí, donde puede operarse la inversión de la jerarquía de los valores. El hombre como humano busca la felicidad y subordina el amor propio a la moralidad. Pero esto solamente puede darse si entra en juego la moralidad, propio de ese tercer nivel de sociabilidad. El mal radical es el que, en razón de la libertad, hace del comportamiento necesario del imperativo moral, algo contingente. Ocasionalmente se cumple con la ley moral, pero no como fundamento último, sino subordinado al amor propio. La libertad, sin embargo, es algo que solamente se conoce por la moralidad, por lo que, aunque siendo la libertad su “razón de ser” (*ratio essendi*), la libertad, reconocida en la moralidad, puede ser utilizada para destruirla. Creo que así se destruye con ella y por eso tal libertad (demoníaca) es imposible para el hombre. Tanto la pureza de la santidad angelical, como la pureza de la maldad satánica, que se sabe provienen del mismo origen, están vedadas para el hombre<sup>1</sup>.

**III.** La respuesta kantiana a la dramática pregunta sobre el gobierno de demonios, es “con el derecho”. Las sociedades utilizan esa técnica específica llamada derecho para desarrollar sistemas de vigilancia, enjuiciamiento, reparación forzosa y, en última instancia, castigo. Para lograr que las promesas se cumplan, que los violentos se abstengan, que los oportunistas no engañen, las sociedades se hallan constituidas por órdenes coercitivos.

---

<sup>1</sup> Ver la discusión sobre la cuestión del mal radical y la sociable sociabilidad en Lerussi, N., “Historia universal y vida en el pensamiento crítico de Immanuel Kant”, en Nombres Revista de Filosofía, año XXI, nro. 26, 2012, Córdoba, Alción Editora, 2012, p. 117. En este importante artículo la autora advierte con razón contra la confusión entre “mal radical” e “insociable sociabilidad”. Sin embargo, es discutible la afirmación acerca de la posibilidad de cultura sin el nivel de la personalidad, el cual es fundamental para la existencia de moralidad. La pregunta que cabría plantear sería si no es condición de la cultura precisamente la existencia de alguna prohibición o tabú y su deriva en algún tipo de conciencia moral.

Lo que el discurso jurídico en operaciones califica como X, puede ser rebatido por el mismo sistema jurídico. Hay una inmanencia en la trascendencia, en la que el derecho siempre juega en el presente. Pero las operaciones son performativas y construyen realidad. No hay delito sin ley previa y sin juicio. El juicio es una instancia en la que, en un determinado presente, se declara el significado jurídico de una acción situada en el pasado. Pero está destinado al futuro.

La sentencia, como declaración, es sin embargo rebatible, siempre, en otro momento del sistema jurídico mismo. Incluso la autoridad de la “cosa juzgada” es condicional. El derecho es autorreferente y de ahí su potencialidad para hacer algo que sería imposible para un discurso lineal que no puede resignificarse. Pero esa capacidad, que se manifiesta en el punto nodal del juicio, esa performatividad que es característica de un orden jurídico, se debe combinar con ciertas consecuencias, mediatas o inmediatas que han de seguir al acto performativo *stricto sensu*.

Lo perlocucionario de ciertos actos, característico del acto jurisdiccional, es digno de consideración. Estas consecuencias que se siguen del acto encuentran su fundamento de validez más próximo (si es que se quiere pensar en una cadena de validaciones ascendentes) en el acto institucional (performativo) que declara algo y ordena algo. Pero ese fundamento de validez es el insumo normativo para poner en marcha otro dispositivo listo para operar en el marco perlocucionario de la declaración. Por ejemplo, el tribunal declara que x es culpable de p y ordena que cumpla una “pena de prisión”. El carácter performativo estricto es la declaración, el carácter perlocucionario es lo que se sigue de allí, que también es una declaración pero con forma de norma que ordena que x sea enviado a un establecimiento penitenciario en el cual la palabra “pena de prisión” se transforma en el nombre de la institución total que se encargará de hacer sufrir a x por lo que hizo. Ese paso del límite discursivo al acto intrusivo es lo real del derecho, lo que delata que la idealidad normativa con su inmanencia performativa es poca cosa sin los fierros, en todo sentido, que se mueven a veces con el derecho, en el derecho y otras contra el derecho por un nuevo derecho. Esa es la debilidad del derecho entendido como un orden ideal de autocreación.

La posibilidad del uso de la fuerza es un recurso social distribuido jerárquicamente y con cierto grado de centralización. La capacidad para conservar las jerarquías y mantener la centralidad en el uso potencial de la fuerza (o la violencia), es una cuestión clave de la gobernabilidad. Por fuera de las formas jurídicas es imposible que esto ocurra. Esa capacidad para limitar, para poner límites, para delimitar, definir situaciones, para instalar diferencias, o para diferir en el presente lo que no es presente, es aquello que demonios racionales pueden reconocer. Porque la pregunta kantiana por la posibilidad de gobernar un pueblo de demonios que se contesta “con el derecho”, supone que se trata de demonios racionales aún cuando sean malos en su insociable sociabilidad.

**IV.** No se trata de una novedad histórica de la modernidad la existencia de un orden jurídico. Pero sí es notable el papel del derecho en la creciente “racionalización” de la vida a partir de la primera modernidad. El papel del derecho sistematizado y no meramente acumulativo es un factor fundamental de racionalización pero también de tecnificación burocrática en el uso del derecho, en las operaciones jurídicas de decisión y justificación. De un cúmulo de subsistemas jurídicos con escasa centralización en la edad media, atravesando y superando los complejos y extendidos sistemas nacionales característicos de la modernidad, hasta la emergencia cada vez más notoria de la centralización de la violencia en el ámbito mundial (incluyendo el espacio orbital de la tierra) la existencia del derecho internacional, la forma jurídica es un tipo de regulador de la vida social que ha mostrado dinamismo adaptativo.

Pero aunque los sistemas jurídicos se han acomodado paulatinamente a los cambios culturales sin dejar muchas veces de ser agentes de los mismos, y aunque los legisladores han creado nuevas figuras delictivas, nuevos esquemas contractuales y múltiples mecanismos para desalentar a los inescrupulosos, no han logrado, sin embargo, mejorar éticamente a sus destinatarios. Por el contrario, el auge de formas organizadas de delincuencia y de evasión de las leyes del mercado competitivo a favor de mafias y monopolios, incluso ha llegado a transformar a veces a los mismos “demonios” en gobernantes.

**V.** La retórica del jurista en su papel legislador es algo extraño. Las for-

mas jurídicas son construcciones que pueden ser desmontadas pieza por pieza. La dinámica del derecho es una rara combinación de operaciones que utiliza esquemas abstractos y los aplica a situaciones concretas. En otras palabras, constituye un proceso de especificación que hace converger lo abstracto y lo particular para tomar una decisión en situación. Todo esto se desarrolla mediante formas rituales rutinizadas y relativamente racionalizadas.

La retórica del legislador se presenta a sí misma, es autorreferente y performativa; modula el pasado incluso volviendo inexistente (nulo) aún lo que acaeció empíricamente; amplifica el presente al otorgarle durabilidad, opera sobre el futuro y clasifica de nuevo lo que fue clasificado de otra manera, o lo ratifica asegurando alguna promesa para los tiempos venideros sin límite alguno. Es, en su juego inmanente, casi omnipotente. Y como además se arroga el lugar de la racionalidad, logra que nada escape a su valoración (tiene horror al vacío de cómo adíafora), por lo cual también es omnisciente. Ni qué decir que la protección del “bien común” es una reiterada condición de su autodefinition. Es el demiurgo del orden social.

Así, declara el legislador en un arrebató metafísico muy eficaz: “todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones es persona”. Cuantifica universalmente (todo ente). Le da “id-entidad” a la máscara (*personare, prosopon*) y puede hacerla “existir” de diversas maneras, como persona “física” o “ideal”. Se puede apreciar que la originaria idealidad de la persona se intenta fusionar, en el lenguaje, con algo que no puede aprehender el lenguaje. La *nuda* vida queda atrapada por una idealidad que hace de la (id)entidad una estructura envolvente. La personificación y la hipóstasis son tecnologías decisivas para el discurso jurídico operante. Con los animales hace lo contrario. Deja al animal fuera del límite de la persona y lo considera cosa. Puede cosificar lo animado, puede personificar lo inerte.

**VI.** La personificación es un tipo de operación muy particular. Cuando jugamos ajedrez las piezas parecieran sujetos o personas que se mueven, que pueden hacer o no hacer algo y no de cualquier manera, sino según su “naturaleza”. Un alfil *tiene que* “moverse” oblicuamente, un rey *no puede* andar más que con pasos cortos, salvo en el “enroque”, *excepción a la regla*. Es decir otra regla que limita a la primera en su extensión.

Vemos al trozo de madera que llamamos alfil, pero su carácter totalmente convencional, reglado, no es visible. Le llamamos “pieza” al muñeco tallado, pero su significado no está en ella misma, sino en tanto el juego de ajedrez como *sistema de reglas existe como su condición de posibilidad y sentido*. El jugador puede ser un individuo “fuera” del sistema, pero en tanto operador está “dentro” de él. Los jugadores no existen primero y el juego después del sistema.

Lo mismo sucede con el derecho, pero con una diferencia sustancial. Mientras que podemos jugar o no al ajedrez según nuestra voluntad, el juego jurídico no nos permite sustraernos de él. Nada de lo que hacemos queda fuera del sistema, lo que no significa que todo es el sistema. Simplemente se trata que ninguna acción humana sea jurídicamente adiafora. Casi todas, o no todas, las acciones, positivas o negativas, activas u omisivas, tienen un *status* en el juego jurídico. La ambigüedad es la gran amenaza para el pensamiento positivista. La equidad y el estado de necesidad son problemáticos para la mente del legislador racional. El legislador racional busca no dejar margen a la casuística. La facultad de juzgar en situación queda desplazada por la tipificación abstracta, única manera de garantizar un mínimo de igualdad ante la ley.

Supuestamente, como se trata de un sistema objetivamente impuesto e incoercible, no hay manera de realizar una acción fuera de su alcance potencial. Es verdad que no se “actualiza” ese *status* hasta que alguien lo declara, es decir, juega el juego. Lo real en el juego está dentro del juego mismo. No hay lagunas normativas. Todo suceso empírico está capturado en su posibilidad genérica por una proposición deónticamente formulable. La forma A vale como B en C, donde el primer término es un hecho bruto, el segundo un hecho institucional y el tercero como espacio de juego, va más allá del “como si” o la ficción, ambos recursos de la retórica jurídica. El “valer como” es una operación que se relaciona con la existencia misma del derecho. La validez es la forma ideal específica de la normativa operante que “da sentido” a las decisiones y actos jurídicos.

**VII.** Distingue el legislador del código civil entre las “personas ideales” y las “personas físicas”, pero sólo para convertirlas en *centros de imputación*, una categoría fundamental en la construcción metafísica del sistema jurídico.

Las personas pueden ser “contingentes” o “necesarias”. El Estado es característicamente una persona de “existencia necesaria”. No hay sistema sin centro, sin equivalente general, sin ese lugar que funciona como un *a priori* para sostener al conjunto. No es un *prius* cronológico. El Estado es la persona por excelencia. Sujeto antes que objeto. La necesidad de su existencia delata su carácter “deiforme”. El Estado es elevado a “Creador” del Derecho mediante hipóstasis y por lo tanto de todas las “personas jurídicas”. Tiene así su jerarquía de “servidores” y “súbditos” que con sus actos hacen que el Estado *actúe, declare* la guerra, se convierta en criminal o pida perdón por sus crímenes. La trascendencia así construida es la condición para separar Estado y derecho. La teología política tiene aquí su campo de operaciones. En el plano internacional el Estado es un “sujeto de derecho” relativamente soberano, pero hacia adentro es, o aparece, como absoluto. Con relación a sus “creaturas”, es *ens realissimus*, en tanto persona necesaria. Por lo tanto, incondicionado.

Puede ocurrir, sin embargo, que llegue a desaparecer de la escena internacional, no ser reconocido como un jugador y avasallado en su “soberanía” y por eso es “dios mortal”. La muerte de un Estado, su desaparición, es algo que, como a todo sujeto, le resulta incomprensible.

El legislador tiene una retórica que le permite decir que algo pasará: “el que mate a otro será penado con...”. Pareciera una predicción, un anuncio de lo que ha de ocurrir si alguien mata a otro. Pero solamente establece un segmento para unir dos puntos: el acto de matar con un “cualquiera” que sea declarado “autor” del acto. Otra construcción.

Alguien es declarado culpable en el juego jurídico y queda atado en la tierra a una celda. Alguien es declarado hijo del muerto en el juego jurídico y recibe los bienes terrenales que poseía el difunto. Alguien es investido con ciertas facultades en el tablero ideal y se convierte en un juez (real), es decir en un jugador con poderes supraindividuales en el escenario político. Supra individuales porque “dispone de la fuerza pública” para que su decisión no sea palabra vacía.

**VIII.** El Estado está conformado por dispositivos organizacionales. Es artificial porque está construido por el hombre: una máquina, o mejor una fábrica, ya que la máquina es la protagonista de un sistema regulado por

un diseño lógico. Los operarios de este sistema están previamente capacitados como un tipo de cuadro burocrático y por lo tanto el elemento humano para nada es menor. Se trata, como dicen los economistas, de una especificidad idiosincrásica de los recursos humanos que constituye un capital para la organización.

Pero además de dios mortal, máquina y hombre, el Estado es “animal”. Y animal feroz como es notorio. El Estado encuentra siempre alguien que hable por su razón: la “razón de Estado”. Mediante ese recurso se han dispuesto las medidas más tremendas, injustificables e imperdonables que sea posible imaginar. La bestia fría puede actuar sin ningún reparo frente a su propia ley, puede hacer el crimen sea acto heroico y la abyección sacrificio noble.

El derecho llega a su culminación cuando desaparece. El oficial de justicia, acompañado de policías, llega a la vivienda del deudor y se lleva bienes para garantizar el pago de la deuda impaga. Tal acto no es un robo sino un embargo, aunque fácticamente sean tan parecidos entre sí. Si el deudor se resiste comete un delito. La diferencia es inhallable en la exterioridad de la acción. Sólo aparece cuando subyace un esquema de interpretación que permite calificar a uno como acto “anti-jurídico” y al otro como “cumplimiento de un deber”. Uno es condición de una sanción (delito), el otro una sanción condicionada (pena). La apropiación física de objetos de la vivienda de alguien vale como ejecución de la sentencia judicial (embargo) en el ámbito o espacio de juego que abre el Código Civil y una serie de normas de competencia y procedimiento para llegar a la decisión y al acto consiguiente.

**IX.** Por otra parte hay que decir que todo este sistema no existe en sí mismo, sino que es fenómeno. ¿Pero qué clase de fenómeno? No es como una mesa, o un automóvil, algo que como cosa me aparece a través de las impresiones de los sentidos pero que adquiere forma a través de las categorías que permite construir conceptos. Yo puedo percibir que alguien es sometido a una mutilación. Veo claramente que su mano se separa de su brazo, que grita quizá, que mana sangre. Todas estas palabras tienen sentido en el lenguaje ordinario, son fenómenos, no cosas en sí mismas. Pero eso que llamamos derecho ¿cómo aparece? ¿Cómo sé que eso que le pasa



a ese cuerpo es una sanción por un delito? Entiendo lo que dice el juez que lo declara culpable, entiendo que hay una ley que considera aplicable y con ella justifica la decisión, entiendo que hay un legislador que dictó la ley y alguien que actúa como verdugo por orden del juez. Pero pareciera que para entender qué digo cuando digo silla no tengo la misma exigencia que para entender qué digo cuando digo delito, juez, sanción, ley.

Para pensar lo anterior es necesario contar con un esquema que tiene la forma de una norma ya que de otro modo los nudos hechos no dicen nada por si mismos. Ese algo que se impone como condición para pensar jurídicamente es un esquema vacío de contenido. La categoría con que podemos pensar aquí depende de la asunción de cierta modalidad que podemos denominar deóntica. Solamente bajo este esquema, las relaciones que se establecen caen en la esfera de lo “debido”.

X. Para terminar me permito citar extensamente uno de los textos kantianos más claros en relación al valor del derecho como condición de posibilidad de la vida política:

Aún cuando un pueblo no quisiera reducirse al imperio de las leyes públicas, para evitar las discordias interiores tendría que hacerlo porque la guerra exterior le obligaría a ello. Todo pueblo, en efecto, según la disposición general ordenada por la Naturaleza, tiene pueblos vecinos que le acosan, y para defenderse de ellos ha de convertirse en potencia, es decir ha de organizarse interiormente en un Estado. Ahora bien; la constitución republicana es la única perfectamente adecuada al derecho de los hombres. Pero es muy difícil de establecer y aún de conservar. Hasta el punto que muchos afirman que la República es un estado de ángeles, y que los hombres, con sus tendencias egoístas son incapaces de vivir en una constitución de forma tan sublime. Pero la Naturaleza viene en ayuda de la voluntad general fundada en la razón de esa voluntad tan honrada y enaltecida en teoría como incapaz y débil en la práctica. Y la ayuda que le presta la Naturaleza consiste precisamente en aprovechar esas tendencias egoístas; de suerte que sólo de una buena organización del Estado dependerá –y ello está siempre en la mano del hombre- el que las fuerzas de esas tendencias malas choquen encontradas y contengan y detengan mutuamente sus destructores efectos. El resultado, para la razón, es el mismo que si esas tendencias no existieran, y el hombre, aún siendo moralmente malo, queda

obligado a ser un buen ciudadano. El problema del establecimiento de un Estado siempre tiene solución, por muy extraño que parezca, aún cuando se trate de un pueblo de demonios; basta con que éstos posean entendimiento. El problema es el siguiente: “he aquí una muchedumbre de seres racionales que desean, todos, leyes universales para su propia conservación, aún cuando cada uno de ellos, en su interior, se inclina siempre a eludir la ley. Se trata de ordenar su vida en una constitución, de tal suerte que, aunque sus sentimientos íntimos sean opuestos y hostiles unos a otros, queden contenidos, y el resultado público de la conducta de estos seres sea el mismo exactamente que si no tuvieran malos instintos”. Este problema tiene que tener solución. Pues no se trata de la mejora moral del hombre, sino del mecanismo de la Naturaleza, y el problema es cómo se ha de utilizar dicho mecanismo en el hombre, para disponer las contrarias y hostiles inclinaciones de tal manera que todos los individuos se sientan obligados por fuerza a someterse a las leyes y tengan que vivir por fuerza en pacíficas relaciones, obedeciendo a las leyes. Puede observarse esto en los actuales Estados, imperfectamente organizados aún; los hombres se aproximan, en su conducta externa, a lo prescrito por la idea del derecho, y, sin embargo, no es seguramente la moralidad la causa de esa conducta, como seguramente la moralidad interior no es la que ha de producir una buena Constitución, sino más bien ésta la que podrá contribuir a educar moralmente a un pueblo. El mecanismo, pues, de la Naturaleza, las inclinaciones egoístas que en modo natural se oponen unas a otras y se hostilizan exteriormente, son el medio del que la razón pueda valerse para conseguir su fin propio, el precepto jurídico, y, por ende, para fomentar y garantizar la paz interior y exterior. Esto significa que la Naturaleza quiere a toda costa que el derecho conserve al fin la supremacía. Lo que en este punto no haga el hombre, lo hará ella; pero a costa de mayores dolores y molestias<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Kant, I., *La paz perpetua*, Madrid, Espasa Calpe, 1979, p. 13.