KELSEN-COSSIO

PROBLEMAS ESCOGIDOS DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

TEORIA EGOLOGICA Y TEORIA PURA

EDITORIAL
GUILLERMO KRAFT LIMITADA
BUENOS AIRES

PROBLEMAS ESCOGIDOS
DE LA
TEORIA PURA DEL DERECHO

KELSEN-COSSIO

PROBLEMAS ESCOGIDOS
DE LA
TEORIA PURA DEL DERECHO

TEORIA EGOLOGICA
Y
TEORIA PURA

BUENOS AIRES
Editorial Guillermo Kraft Ltda.
1952

Título original de esta obra:
PROBLEMS CHOISIS DE LA THEORIE PURE DU DROIT

Versión castellana del doctor
CARLOS COSSIO

IMPRESO EN LA ARGENTINA

ADVERTENCIA DEL EDITOR

EL PRESENTE VOLUMEN contiene el texto completo y definitivo de las conferencias pronunciadas por Hans Kelsen, durante el año 1949, en el paraninfo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, tal como el Maestro las remitió desde Berkeley (California) en diciembre de ese mismo año, con todas las adiciones que juzgó necesario hacer a su primitiva exposición oral. La Editorial Guillermo Kraft Ltda. se complace en publicarlas bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, dueña de los preciosos originales, dada la resonancia universal que aquel ciclo de conferencias alcanzó en su momento y segura de que pone así, ahora, al alcance de los estudiosos, una pieza indispensable para la inteligencia de la doctrina jurídica que más ha llamado la atención en el curso del presente siglo.

Integran también el volumen las respuestas que el profesor Carlos Cossio dió al maestro Kelsen en los interesantes diálogos motivados por las referencias del maestro a la Teoría egológica del Derecho, de los que se hicieron eco las más calificadas revistas universitarias de Europa y América y cuyo recuerdo indeleble perdura en nuestros medios estudiosos como un fermento que honra a la tradición jurídica argentina.

Preceden al volumen las breves y cálidas palabras de presentación con que el señor Decano de la Facultad de Derecho, doctor Carlos María Lascano, puso a Kel-

sen en posesión de la tribuna universitaria al iniciarse el curso.

De acuerdo con el convenio celebrado con la Facultad, la Editorial Guillermo Kraft Ltda. publica este libro en edición castellana y en edición francesa, para facilitar su conocimiento en el extranjero y haciendo honor a la importancia intrínseca que tiene.

PRESENTACION DEL SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD, DR. CARLOS MARIA LASCANO

SEÑORES:

En nombre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cábeme el alto honor de saludar a Hans Kelsen, maestro de maestros, en este momento, solemne para los fastos de esta Casa y emocionante para las inquietudes de nuestro corazón, en que él ocupa la cátedra que le brinda la Universidad de Buenos Aires.

Y hablo de saludarlo y no de presentarlo, porque nunca como ahora sería más inútil esta segunda tarea, tratándose de un hombre que ha escalado todas las alturas de la fama y de quien los estudiosos de todas las latitudes, tanto y tanto han aprendido y tienen que aprender.

Quiero destacar solamente, como una anticipación que sea motivo de responsabilidad y de alborozo para los señores profesores que colman esta sala, y motivo de meditación y de compromiso para los jóvenes estudiantes que me escuchan, que es un noble augurio acerca del destino de la República Argentina, la circunstancia de que la palabra que nos va a dirigir este maestro del mundo, aparezca hoy entretejida, mano a mano, con motivos vernáculos de la más pura Filosofía jurídica, nacidos autóctonamente en la inmensidad austral de nuestras tierras con una aspiración universal..., pues ello es como si la palabra del profesor Kelsen sellara con sello de plata, el puente de bronce

que la más alta cultura europea tiende a las naciones jóvenes de su misma civilización, para que pasen a asumir la parte de responsabilidad que les corresponde en la dirección espiritual del mundo futuro.

Ilustre Maestro: ha llegado el anhelado momento de escuchar vuestra voz. Los muros cordiales de esta casa luminosa van a estremecerse sin duda al conjuro mágico de vuestra palabra. Pero quiero deciros que no sólo nosotros os escuchamos. Os escuchan también los varones ilustres de nuestra historia universitaria, cuyos retratos habéis visto en las galerías de esta Casa como el testimonio de una herencia que nosotros disfrutamos. Y os escuchan también las nuevas generaciones de la comunidad latina de nuestro Continente, porque desde 1810 en ella juega Buenos Aires el papel amoroso de una hermana mayor, que nunca las olvida y que siempre les remite lo que toca su corazón.

Por eso, Maestro, si es de usanza romper el cristal después de los brindis que invocan algo eterno, haced de cuenta que el más fino cristal ha sido roto para escucharos después de mis palabras, ya que cunde por el mundo un augusto clamor de justicia y ya que vos vais a hablarnos del Derecho.

Capítulo I

LA CIENCIA DEL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL NORMATIVA

1. Ciencias naturales y ciencias sociales. — 2. La imputación en el pensamiento jurídico. — 3. La imputación en el pensamiento primitivo. — 4. El animismo: una interpretación social de la naturaleza. — 5. Ciencias causales y ciencias normativas. — 6. Leyes causales y leyes normativas. — 7. Causalidad e imputación. — 8. Libertad e imputación. — 9. Conducta y otros hechos como objeto de reglamentación social. — 10. Normas categóricas.

ANTE TODO QUERRÍA expresar mi sincero reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por haber tenido a bien invitarme a hablar ante este distinguido auditorio, sobre algunos problemas de la teoría del Derecho. Considero esta invitación como un particular honor. Estoy encantado de tener la oportunidad de trabar conocimiento personal con eminentes representantes de la ciencia del Derecho en la Argentina. No hay ningún otro país en el continente americano donde la ciencia del Derecho sea alentada más infatigablemente y con más éxito que en la Argentina. El resultado de esta alta cultura jurídica, es que los sabios argentinos están a la cabeza en muchos dominios de la Jurisprudencia, sobre todo en el de la teoría exacta del Derecho. No hay en ninguna parte otro auditorio ante el que me atrevería a pronunciarme sobre problemas que igualaran en dificultad y complejidad a los que espero abordar; en efecto,

no hay en ninguna parte otro auditorio donde pudiera confiarme a un público mejor preparado para penetrar estos problemas que en esta Facultad de Derecho, en vista del grado de educación filosófica, de la familiaridad con la epistemología y del conocimietno perfecto del derecho comparado que encuentro aquí.

1. CIENCIAS NATURALES Y CIENCIAS SOCIALES. El primer problema al que me dirigiré en mis conferencias será el de definir el objeto de la ciencia del Derecho. Aunque apenas la respuesta no fuere nada más que la tautología de que el objeto de la ciencia del Derecho es el Derecho, uno está llevado a la cuestión de lo que es la esencia del Derecho en tanto que objeto de una ciencia específica que existe como hecho histórico desde hace más de dos mil años.

Ensayando de precisar cuál es la esencia del Derecho como objeto de la ciencia del Derecho, tomo como punto de partida la suposición de que el Derecho es un fenómeno social, que la ciencia del Derecho es una ciencia social y que esta ciencia social difiere esencialmente de las ciencias naturales. Para asir la esencia del Derecho como objeto de la ciencia del Derecho, es ante todo necesario hacer resaltar esta diferencia.

El objeto de las ciencias naturales, la Naturaleza, según una de las diversas definiciones, es un orden de cosas o un sistema de elementos ligados los unos a los otros como causa y efecto, o para decirlo de otra manera, según un principio específico, el principio de causalidad. Las así llamadas leyes de la Naturaleza, por medio de las cuales la ciencia natural describe su objeto, como por ejemplo la afirmación de que si se calienta un cuerpo metálico se dilatara, son aplicaciones de este principio. La conexión entre el calor y la expasión, en nuestro ejemplo, es la de causa a efecto.

Si hay ciencias sociales que difieren de las ciencias naturales, es preciso que describan su objeto de otra manera que mediante el principio de causalidad.

La sociedad es un orden de conducta humana. Pero no hay una razón suficiente para no considerar la conducta humana como un elemento de la Naturaleza. En cuanto que la conducta humana está sometida a las leyes de la causalidad, una ciencia que se ocupara del comportamiento mutuo de los hombres y que uno llama por esto mismo una ciencia social, en nada esencial difiere de la física o de la biología. Si, no obstante, analizamos nuestras proposiciones sobre la conducta humana, es decir, sobre los actos de los seres humanos, descubrimos que los referimos unos a otros y los enlazamos a otros hechos, no solamente según el principio de causalidad, es decir, de causa a efecto, sino que también según otro principio, muy diferente del de causalidad, que la ciencia no ha caracterizado todavía con un término reconocido. Es necesario, por de pronto, probar la existencia de este principio en nuestra forma de pensar y su aplicación en algunas de las ciencias que tienen como objeto la conducta humana. Solamente entonces tendremos el derecho de considerar a la sociedad como un orden o sistema diferente del de la Naturaleza y a estas ciencias sociales como diferentes de las ciencias naturales.

2. La imputación en el pensamiento jurídico. Desde un comienzo me he limitado al examen del pensamiento jurídico. He demostrado que uno se sirve de un principio diferente del de causalidad, en las reglas mediante las cuales la ciencia del Derecho describe el Derecho, el Derecho en general o un ordenamiento jurídico concreto; el Derecho nacional de un Estado determinado o el Derecho Internacional. Este principio juega un papel análogo, respecto de las

pecto de las leyes de la Naturaleza de que se sirven las ciencias naturales al describir la Naturaleza. Una regla de derecho es, por ejemplo, la afirmación de que si un hombre ha cometido un crimen, debe serle[1] impuesto un castigo; o la afirmación de que si un hombre no paga una deuda por él contraída, una ejecución forzosa debe ser dirigida contra sus bienes. De una manera más general: si ha tenido lugar una transgresión[2] debe ser ejecutada una sanción. Al igual que una ley de la Naturaleza, una regla de derecho liga dos elementos. Pero la significación de la conexión descripta por la regla de derecho es muy diferente de la causalidad. Pues es manifiesto que la transgresión criminal se encadena al castigo y la transgresión civil a la ejecución forzosa, de muy otra manera que la causa al efecto. La conexión entre causa y efecto es independiente del acto de un ser humano o sobrehumano. Pero la conexión entre la transgresión y la sanción jurídica se establece por un acto o por varios actos de personas, actos creadores de Derecho que tienen la significación de una norma.

Una norma es una significación particular, la significación del acto de un ser humano o sobrehumano. Este acto puede manifestarse de diversas maneras: por una señal, un vocablo, una palabra escrita u otra cosa. Decimos figuradamente que una norma es "hecha" o "creada" por un semejante acto; esto vale lo mismo

[1] Yo me sirvo del término "deber" en el sentido de la palabra alemana *sollen* o de la palabra inglesa *ought*.

[2] El uso adquirido técnicamente por la palabra "delito" en idioma castellano, no siempre permite utilizarla para traducir el vocablo francés "délit", de alcance mucho más amplio y empleado por Kelsen en su máxima acepción genérica. En nuestro idioma los vocablos genéricos más adecuados son "entuerto" y "transgresión", que en esta traducción pueden tenerse como sinónimos. Transgresión, más formalista, evoca una regla o límite: entuerto, sin alusión precisa, evoca una valoración y una dirección. Nos hemos decidido por transgresión ya que, por el matiz indicado, armoniza mejor con el espíritu del kelsenismo. Por lo demás, en el capítulo IV, el propio autor se preocupa de definir el término, de modo que desaparece todo temor a equívocos *(N. del T.)*.

que decir: la significación del acto es una norma. Si elucidamos esta significación mediante las palabras de nuestro idioma, diríamos: aquello quiere decir que alguna cosa está prescripta o permitida, o, para resumir, que alguna cosa debe ser o debe hacerse. Si suponemos una norma prescribiendo o permitiendo una determinada conducta, entonces podemos calificar a una conducta conforme con esta norma de correcta, de justa y de buena, y a una conducta que no es conforme con esta norma de incorrecta, de injusta y de mala. Si estas afirmaciones son juicios de valor, la norma supuesta en ellas constituye el valor. Si suponemos una norma prescribiendo o permitiendo una cierta conducta, podemos definir la noción de una conducta correcta como una conducta conforme con esta norma, y la noción de una conducta incorrecta como una conducta que no está conforme con esta norma. Así podemos decir de una conducta en particular que concuerda o no con la definición de la conducta correcta y que es, por eso mismo, una conducta correcta o incorrecta. Pero ella se presta a la definición únicamente si ella se otorga a la norma. Lo que tiene el carácter de un juicio de valor es únicamente la proposición que una determinada conducta está de acuerdo o no con una norma presupuesta; pero no la proposición que una conducta en particular entra o no en el dominio de la definición. Es por esto que la norma no es —como a veces se pretende— una definición, la definición de una conducta correcta o incorrecta. La norma forma parte del contenido de una definición, de la definición de una conducta correcta o incorrecta. Definir es la significación de un acto de conocimiento. Los actos que tienen a una norma como significación no son actos de conocimiento; son actos de voluntad. La función de las autoridades jurídicas que emiten normas no es la de conocer y describir el Derecho, sino la de crear el Derecho. Conocer y describir el Derecho es la función de la cien-

cia del Derecho. Volveré sobre este problema al correr de mis conferencias.

Puesto que la conexión entre la transgresión y la sanción se establece por actos cuya significación es una prescripción o una permisión —o lo que es lo mismo: una norma—, la ciencia del Derecho describe su objeto mediante proposiciones que ligan la transgresión a la sanción por la cópula "debe". Yo he propuesto designar esta conexión con el nombre de imputación.[3] Si se acepta esta terminología, podremos decir: la sanción está imputada a la transgresión; no es que ella sea el efecto de la transgresión. Es manifiesto que la ciencia del Derecho de ninguna manera apunta a una explicación causal de los fenómenos y que es el principio de imputación, y no el de causalidad, el que está aplicado en las proposiciones de la ciencia del Derecho.

3. La imputación en el pensamiento primitivo. Por lo demás, en mis estudios sobre la sociedad primitiva y especialmente sobre las particularidades de la mentalidad primitiva, he descubierto que el mismo principio sirve de base a la interpretación de la Naturaleza en el hombre primitivo. Es probable que la noción de causalidad sea extraña a la mentalidad primitiva y que esta noción —fundamento de las ciencias naturales— sea el logro de una civilización más vale avanzada; no es pues, como se la había supuesto, una noción innata. Ya que, a lo que parece, el primitivo, al interpretar los hechos percibidos por sus sentidos, no se sirve de la noción de causalidad. Interpreta la Naturaleza, o más vale lo que nosotros, muy otros, concebimos como la Naturaleza, según los mismos principios que determinan sus relaciones con los otros miembros de su grupo; o en otras palabras, según normas sociales.

[3] La imputación de la consecuencia a su condición en la regla de derecho, no es idéntica a la imputación de un acto ejecutado por un ser humano que se imputa a una persona colectiva.

Es un hecho fundamental el que, cuando viven hombres entre sus semejantes en un grupo, la noción del bien y del mal emerge en su espíritu; o diciéndolo de otra manera, surge la idea que los miembros del grupo deben comportarse de una cierta manera en circunstancias determinadas. No se podría negar que los hombres, al vivir en un grupo, interpretan su mutua conducta según tales normas. Verosímilmente, las primeras normas de la humanidad sometieron a ciertas restricciones el instinto sexual y la tendencia agresiva. El incesto y el homicidio dentro del grupo, probablemente son los delitos más antiguos; y la *vendetta* la primera sanción organizada por el ordenamiento social. El principio más primitivo en la vida de la sociedad, la norma de retribución, sirve de base a esta sanción. El principio de retribución comprende el castigo tanto como la recompensa. Se lo podría expresar así: si os comportáis como es debido, debéis ser recompensados, es decir, se os debe acordar un beneficio; si no os comportáis como es debido, debéis ser castigados, es decir, se os debe infligir un daño. La condición y la consecuencia se subsiguen no según el principio de causalidad, sino según el de imputación. Admitiendo que el hombre primitivo experimente un deseo cualquiera de explicarse las cosas, considera un hecho dañoso como castigo por una conducta incorrecta y un hecho ventajoso como recompensa por una conducta correcta. He aquí una interpretación normativa y no causal de la Naturaleza. En razón del hecho de que la norma de retribución, que determina las relaciones mutuas de los hombres, es un principio específicamente social, llamamos a esta interpretación de la Naturaleza una interpretación socionormativa.

4. El animismo: una interpretación social de la naturaleza. El así llamado animismo del hombre primitivo, su convicción de que

las cosas tienen un alma igual que los hombres, de que las cosas están animadas, de que espíritus poderosos pero invisibles se ocultan en el interior y atrás de las cosas o que toda cosa es una persona, todo esto sobreentiende que las cosas se comportan respecto de los hombres igual que lo que los hombres se comportan entre sí, es decir, según la norma de retribución, el principio de castigo y recompensa. En la creencia del hombre primitivo, es de estos espíritus de donde emanan la desgracia como castigo y el bienestar como recompensa. Si el hombre primitivo cree de una relación entre su conducta incorrecta y la desgracia como castigo, y de la relación entre su conducta correcta y el bienestar como recompensa es porque cree que así dirigen la Naturaleza los seres sobrehumanos y poderosos. La esencia del animismo es una interpretación personalista, y por lo tanto socio-normativa, de la Naturaleza, una interpretación de acuerdo al principio de imputación y no de causalidad.

De aquí proviene que no se puede hablar, a propósito del hombre primitivo, de la Naturaleza tal como la encara la ciencia moderna, es decir, como un orden de cosas ligadas según el principio de causalidad, como orden causal. Pues lo que las ciencias naturales entienden por Naturaleza, forma parte de la sociedad para el hombre primitivo; para él la Naturaleza es un orden normativo, cuyos elementos están enlazados según el principio de imputación. El dualismo entre Naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo, el dualismo de estos dos diferentes métodos de encadenar los elementos, es desconocido para el espíritu primitivo. Sólo a lo largo de una evolución intelectual este dualismo ha penetrado en el pensamiento del hombre civilizado, de una evolución al correr de la cual se ha establecido una distinción desconocida para el hombre primitivo entre el ser humano y los otros seres, las personas y las cosas. En razón de esta distinción, se ha

aislado la explicación causal de las relaciones que conciernen a las cosas, de la interpretación normativa de los vínculos que conciernen a los hombres como personas. La ciencia natural moderna es el resultado de una emancipación del espíritu humano respecto de la interpretación social de la Naturaleza, es decir, respecto del animismo. Sirviéndonos de un giro algo paradojal, podríamos decir que al comienzo, durante el período del animismo, el hombre sólo conocía la sociedad (como orden normativo) y que la Naturaleza (como orden causal) fué creada a continuación de la liberación del animismo. El instrumento de esta liberación es el principio de causalidad.

En mi libro titulado *Society and Nature*[4], me he empeñado en demostrar que el principio de causalidad ha tomado su punto de partida en la norma de retribución. La idea de la causalidad es el resultado de una transformación del principio de imputación por medio del cual la norma de retribución enlaza la conducta incorrecta al castigo y la conducta correcta a la recompensa. Esta transformación se manifestó primeramente en la filosofía de la Naturaleza entre los antiguos griegos. Es harto significativo que el vocablo griego correspondiente a "causa" sea αἰτία, habiendo tenido como sentido originario la culpabilidad. La causa es responsable del efecto y el efecto está imputado a la causa, exactamente como el castigo está imputado al delito. Una de las primeras formulaciones de la ley de causalidad se encuentra en el célebre fragmento de Heráclito: "El sol no ultrapasará su camino prescripto; que si lo hiciere, las Furias, las siervas de la justicia, lo perseguirán". Todavía aquí la ley de la Naturaleza se parece mucho a una regla de derecho: si el sol no sigue el camino prescripto, debe ser castigado. El paso decisivo en esta transición desde una interpretación norma-

[4] Chicago University Press, 1943; traducción castellana: *Sociedad y Naturaleza,* Buenos Aires, 1945.

tiva de la Naturaleza a una interpretación causal, desde la imputación a la causalidad, se dió a partir del momento en que el hombre cayó en cuenta que las relaciones entre las cosas —contrariamente a las relaciones entre las personas, en cuanto que éstas están determinadas por normas— son independientes de la voluntad divina o humana. Sin embargo el principio de causalidad sólo poco a poco ha sido purificado de todo elemento de razonamiento animista, es decir, personal; y el principio de causalidad no se ha despojado sino muy lentamente del principio de imputación. Así, por ejemplo, la noción de la causalidad como una absoluta necesidad en la relación de causa a efecto, idea muy extendida al comienzo del siglo XX todavía, es, sin duda, un residuo de la convicción de que una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa, enlaza el efecto a la causa.

5. Ciencias causales y ciencias normativas. Luego de haber sido establecido, el principio de causalidad se aplica también a la conducta humana. La psicología, la etnología, la historia, la sociología, todas son ciencias que se ocupan de la conducta humana tal como es de hecho, o, para decirlo de otra manera, de la conducta humana como elemento del orden causal de la Naturaleza. Bajo el presupuesto de que llamamos ciencia social a toda ciencia que se ocupa de la conducta humana, la psicología, la etnología, la historia y la sociología son ciencias sociales; pero en cuanto que ciencias causales, no se distinguen en nada esencial de las ciencias naturales cual la física, la biología o la fisiología. Aquéllas aspiran a explicar la conducta humana según la causa y el efecto. Aquí no se trata de establecer hasta qué punto estas ciencias pueden alcanzar su propósito de describir la conducta humana mediante leyes causales. En principio no se diferencian de las ciencias naturales que tienen por ob-

jeto otros fenómenos que la conducta humana. Las ciencias sociales causativas se distinguen de las ciencias naturales únicamente por el grado de precisión que uno puede alcanzar en estas dos categorías de ciencias causales. En cambio, hay una diferencia de principios entre las ciencias naturales y aquellas ciencias sociales que interpretan las relaciones humanas según el principio de imputación y no según el de causalidad. Estas ciencias se ocupan de la conducta humana, no tal cual efectivamente se realiza, como causa y efecto, sino tal como debe realizarse de acuerdo a normas. Estas son las ciencias sociales normativas, cual la teología, la ética y la jurisprudencia.

La palabra "normativa" no implica que estas ciencias prescriban una determinada conducta humana, puesto que la función de una ciencia no es la de prescribir, de emitir normas de conducta social; estas ciencias describen las normas sociales y las relaciones sociales establecidas por tales normas. El sabio que estudia la sociedad no es una autoridad social: a él le incumbe conocer los hechos, saber y comprender, no dirigir la sociedad. La sociedad, en el sentido de estas ciencias normativas, es un orden normativo; los hombres pertenecen a esta sociedad en la medida en que su conducta está reglada por las normas del orden moral, religioso o jurídico. Cuando un orden normativo —en particular un orden jurídico— es, en resumen, eficaz, podemos, es verdad, comprobar: que si se realiza una condición determinada en la norma social, la consecuencia que debería seguir según la norma social tendrá probablemente lugar; o, en el caso de un orden jurídico, que si se ha cometido una transgresión, será ejecutada probablemente una sanción. Pero es dudoso que una semejante afirmación tenga el verdadero carácter de una ley de la Naturaleza, como la que describe el efecto del calor sobre un metal. Sin embargo, dejemos por el momento indecisa esta cuestión puesto que es incon-

testable que las ciencias socio-normativas no aspiran a semejantes afirmaciones. Ellas no se interesan por el nexo causal, sino por el nexo imputativo entre los elementos de su objeto.

6. LEYES CAUSALES Y LEYES NORMATIVAS. La forma gramatical del principio de causalidad, al igual que la del de imputación, es un juicio hipotético, es decir, una proposición que enlaza un elemento al otro como condición y consecuencia. Pero la significación de esta conexión no es idéntica en ambos casos. El principio de causalidad comprueba: si *A* es, hay (o habrá) *B*. El principio de imputación dice: Si *A* es, debe haber *B*. Como aplicación del principio de causalidad me remito al ejemplo de la ley que describe el efecto del calor sobre el metal: si se calienta un metal, se dilatará. He aquí algunos ejemplos del principio de imputación en el dominio de las leyes sociales: si alguien te hace un servicio, debes quedarle reconocido; o, si un hombre da su vida por la patria, se debe rendir honor a su memoria (leyes morales). Si un hombre comete un pecado, debe hacer penitencia (ley religiosa). Si un hombre roba, debe ser aprisionado (ley jurídica). La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la Naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos. Es precisamente el hecho de que la conexión entre la condición y la consecuencia se establece, en la ley social, por un acto de voluntad humana o sobrehumana, es precisamente este hecho lo que se expresa por el término: *debe*. Por lo demás, es esencial al principio de causalidad que cada causa concreta venga como el efecto de

una otra causa, y que cada efecto concreto vaya como causa de un otro efecto, de suerte que, por definición misma, emana al infinito una cadena de causas a efectos. Además, cada acontecimiento individual es el punto de intersección de una cantidad infinita de líneas de causalidad.

Es del todo diferente aquí en lo que concierne al principio de imputación. La condición a la que se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, como, por ejemplo, la muerte por la patria a la cual se le imputa el honor de la conmemoración, el favor al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, estas condiciones no son al mismo tiempo necesariamente consecuencias imputables a otras condiciones. La cadena de la imputación no tiene, como la de la causalidad, un número infinito de eslabones; sólo tiene dos. Si decimos que una consecuencia particular está imputada a una particular condición, por ejemplo, una recompensa a una acción meritoria, o un castigo a una transgresión, la condición, es decir, la conducta humana que cuenta como mérito o como transgresión, es el punto final de la imputación. Pero la causalidad no conoce de punto final. La idea de una causa primera, una *prima causa,* que es un *analogon* del punto final de la imputación, no se acomoda con la noción de la causalidad, al menos tal como la física clásica concibe esta noción. Esta *causa prima,* por su parte, es un residuo de la etapa del pensamiento humano donde el principio de causalidad no se había liberado completamente del de imputación.

7. Causalidad e imputación. Aquí está, precisamente, la diferencia entre la imputación y la causalidad: hay un punto final para la imputación, pero no lo hay para la causalidad. He aquí la diferencia fundamental sobre la que reposa el antagonismo de

lo que se llama la necesidad, predominante en la Naturaleza, y la libertad, de importancia primordial en la sociedad, es decir, para el hombre en sus relaciones normativas con sus semejantes. Que, en cuanto elemento de la Naturaleza, no se considere al hombre como libre, quiere decir que su conducta, como hecho de la Naturaleza, está determinada de acuerdo a una ley de la Naturaleza cual un efecto de sus causas. Pero si nosotros interpretamos una particular conducta según una ley moral, religiosa o jurídica, como acción meritoria, pecado o delito, imputamos las consecuencias determinadas por la ley moral, religiosa o jurídica: la recompensa a la acción meritoria, la penitencia al pecado, el castigo al delito, sin imputar la acción meritoria, el pecado, el delito a alguna cosa o a alguien.

Por costumbre se dice que imputamos la acción meritoria, el pecado, el delito al individuo responsable de la conducta preindicada. Pero la verdadera significación de la afirmación que la acción meritoria está imputada a un individuo es que se debe recompensarlo por esta acción. La verdadera significación de la afirmación que un pecado está imputado a un individuo es que este individuo debe hacer penitencia por su pecado; la verdadera significación de la afirmación que un delito está imputado a un individuo es que este individuo debe ser castigado por su delito. Lo que está imputado no es la conducta humana que constituye la acción meritoria, el pecado, el delito; no se podría desligar esta conducta, de su sujeto, es decir, un cierto comportamiento respecto del individuo que se comporta de esta manera. En lo que concierne a la imputación, cuando ha sido cumplida una acción moralmente meritoria o se ha cometido un pecado religioso o un delito jurídico, no se trata de esclarecer quién ha cumplido o cometido estas acciones; esto es una cuestión de hecho. La cuestión moral, religiosa, jurídica de imputación es: quién es responsable de estos actos; y esto quiere

decir: ¿a quién se deberá recompensar o quién deberá hacer penitencia o a quién se deberá castigar? Son la recompensa, la penitencia, el castigo los que están imputados como particular consecuencia a una condición particular, su condición específica. Y la condición es el acto que constituye la acción meritoria, el pecado o el delito. La imputación de la recompensa a la acción meritoria, la imputación de la penitencia al pecado, la imputación de la pena al delito implican la imputación al individuo que es el autor del acto que cuenta como acción meritoria, como pecado o como delito. Este autor es una parte integrante del acto, en tanto que conducta humana. Lo que es decisivo es que la imputación, a diferencia de la causalidad, finaliza en esta conducta humana, que, según una ley moral, religiosa o jurídica, es la condición de la consecuencia determinada por esta ley: la condición de la recompensa, de la penitencia, del castigo.

8. Libertad e imputación. Tal es la verdadera significación de la afirmación que el hombre en tanto que sometido a un orden moral, religioso o jurídico, es decir, que el hombre como miembro de una sociedad, como persona moral, religiosa o jurídica, es libre. Se entiende habitualmente por libertad la exceptuación del principio de causalidad; y la causalidad está concebida (o en su origen lo estaba) como absoluta necesidad. Se tiene el hábito de decir: porque un ser humano es libre (o tiene una voluntad libre) —y según la opinión habitual esto quiere decir que no está sometido a las leyes causales que determinan su conducta—, es susceptible de la imputación moral, religiosa o jurídica; es gracias a esta libertad que al hombre se puede hacer responsable de sus acciones, que se lo puede recompensar por una acción meritoria, que se le puede imponer una penitencia por un pecado, que se lo puede castigar por un delito. Se

supone de ordinario que es únicamente su libertad, o para decirlo de otra manera, su exceptuación del principio de causalidad, lo que permite la imputación. Sin embargo, es precisamente lo contrario. Los seres humanos son libres porque y en tanto que imputamos una recompensa, una penitencia, un castigo a una conducta humana como de una consecuencia a su condición, a despecho de las leyes causales que determinan esta conducta: pues esta conducta es el punto final de la imputación.

Si suponemos que la conducta humana está al margen de las leyes de la causalidad, para que pudiera someterse a la imputación, la causalidad —en el sentido de una absoluta necesidad— y la libertad serían en rigor, incompatibles. De aquí viene el conflicto, aparentemente infranqueable, entre la escuela del determinismo y la escuela del indeterminismo. Sin embargo, a poco que comprendamos la verdadera significación de la afirmación de que el hombre como persona moral, religiosa o jurídica, es libre, no existe semejante conflicto. La así llamada oposición entre la necesidad, preponderante en la Naturaleza según el principio de causalidad, y la libertad, preponderante en la sociedad según el principio de imputación, pierde, a decir verdad, mucho de su intensidad cuando se degrada la significación de la causalidad desde la necesidad absoluta a la simple probabilidad. Pero aun admitiendo que la causalidad implica la absoluta necesidad, y que la imputación, la libertad, de ninguna manera ambas son incompatibles. No hay contradicción entre el así llamado determinismo y el indeterminismo. Nada se opone a que el espíritu humano conciba la conducta humana de acuerdo a dos esquemas de interpretación diferentes. Según las leyes de la Naturaleza, es decir en tanto que haciendo parte de la Naturaleza, la conducta humana se concibe enteramente determinada como el efecto de causas antecedentes. No hay libertad

en el sentido de una exceptuación de las leyes causales. El hombre no puede escaparse de la Naturaleza y de sus leyes. Sin embargo, podemos interpretar la conducta humana en tanto que determinada por normas según leyes sociales, es decir, según leyes morales, religiosas o jurídicas, sin recurrir a la exceptuación de las leyes causales. Ningún determinista exige con seriedad que un criminal no sea castigado y que un héroe no sea recompensado, porque el crimen y la hazaña heroica han sido determinados de acuerdo a las leyes causales. El está de acuerdo con el castigo y la recompensa, o en otros términos, con la imputación del castigo al crimen, y de la recompensa a la hazaña heroica, a pesar de su determinación causal. La autoridad social suministra castigos y recompensas únicamente bajo la presuposición de que el temor al castigo, como causa, tenga por efecto que los hombres se abstengan del delito, y de que el deseo de la recompensa, como causa, tenga por efecto que los hombres realicen acciones heroicas. La imputación del castigo y de la recompensa no excluye la idea de una determinación causal de la conducta humana. Si el hombre es libre porque es el punto final de la imputación, la causalidad en la Naturaleza no es incompatible con la libertad en la sociedad. La regulación de la conducta humana por normas morales, religiosas y jurídicas, que está a la base de la imputación de la recompensa a la acción meritoria y de la pena al delito, esta regulación presupone la causalidad.

He aquí la solución no metafísica, puramente racionalista del problema de la libertad. Es la disolución de la apariencia de un problema, de un conflicto por reputación irresoluble, entre la necesidad y la libertad. En verdad, lo que parece una oposición entre dos filosofías, esencialmente diferentes la una de la otra e inconciliables, una filosofía racionalista-empírica y una filosofía metafísica, no lo es de ninguna manera; sólo es el paralelismo de dos diferentes métodos de cono-

cimiento, ambos racionalistas y empíricos, de dos métodos por los cuales la facultad cognoscitiva enlaza los elementos los unos a los otros, el dualismo de la causalidad y de la imputación.

9. CONDUCTA Y OTROS HECHOS COMO OBJETO DE REGLAMENTACIÓN SOCIAL. El principio de imputación en su sentido originario enlaza dos actos de conducta humana, la conducta de un individuo con la de otro individuo, como, por ejemplo, en la ley moral que ofrece una recompensa por una acción meritoria y en una ley jurídica que estipula un castigo por un delito. Pero el principio de imputación enlaza también la conducta de un individuo con otra conducta del mismo individuo, como, por ejemplo, en la ley religiosa que requiera la penitencia por el pecado. En todos estos casos, la conducta humana prescripta por la norma social está condicionada por otra conducta humana. La condición, tanto como la consecuencia, es un acto de conducta humana. Pero a veces las normas sociales se remiten simultáneamente a una conducta humana y a otros hechos. Una norma social puede prescribir o prohibir una determinada conducta que tenga un efecto determinado; y normas sociales pueden prescribir o prohibir la conducta de un individuo condicionada no solamente por otra conducta del mismo individuo o de otro individuo, sino que también por hechos no pertenecientes a la conducta humana. Hay, aún, normas que prescriben una conducta humana condicionada exclusivamente por semejantes hechos. Si una norma social prohibe el homicidio, por ejemplo, lo que está prohibido es la conducta de un individuo que tiene la intención de matar a otro individuo y cuya acción produce como efecto la muerte de este individuo. Pero la conducta de un homicida en nada difiere de la conducta de un hombre que intenta matar a otro, pero

en la cual el intento no produce el efecto premeditado. La diferencia entre el homicidio y la tentativa de homicidio no es inmanente a la conducta de los delincuentes, sino solamente al efecto de sus conductas. Una ha tenido como efecto la muerte de un individuo y la otra no. El efecto: la muerte, no es una conducta humana; es un proceso fisiológico.

Una norma podría prescribir que si resulta un perjuicio material para un individuo por la conducta de otro, éste debe reparar el daño; o una norma de una religión primitiva podría prescribir que, en la ocasión de una epidemia, un ser humano debe ser inmolado a los dioses. El daño y la epidemia son hechos que no tienen el carácter de conducta humana. Por lo demás, es de notar que las normas pueden dirigirse a los individuos sin referirse a su conducta. La ejecución de la sanción estipulada por las normas jurídicas, por ejemplo, en el aprisionamiento o la pena de muerte, la ejecución de semejante sanción es la conducta de un individuo dirigida contra otro individuo. Pero, como veremos más adelante, no está excluído que no se encuentre entre las condiciones de la sanción ninguna conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción. Tal es el caso de la responsabilidad de un individuo que concierne a una transgresión cometida por otro individuo, caso donde la sanción no está dirigida, o no lo está exclusivamente, contra el transgresor, sino contra un individuo que no ha cometido la transgresión. En este caso, el individuo responsable sólo es el objeto de la sanción, es decir, de la conducta de otro individuo, que no el obligado a una conducta conveniente desde el punto de vista jurídico.

10. Normas categóricas. Si hablamos de imputación no solamente en el caso de que una norma prescriba o permita una determinada conducta humana, estando esta conducta condicionada por otra con-

ducta humana, sino que también en el caso de que la conducta, prescripta o permitida por la norma, está condicionada por un hecho que no tiene el carácter de una conducta humana, entonces el término "imputación" se reviste de una significación más amplia que al comienzo. Pues entonces la consecuencia no está imputada únicamente a una conducta humana; y esto quiere decir, en términos habituales, que la consecuencia no está imputada a una persona sino a los hechos y a las circunstancias. Hay, aún, normas sociales que parecen prescribir categóricamente, es decir, sin condición, o, lo que significa lo mismo, en no importa cuáles circunstancias, una cierta conducta humana. Son las normas que estipulan una omisión, cuales las normas morales: no mentirás, no matarás, no cometerás adulterio, y así otras. Si estas normas verdaderamente tuvieran la calidad de normas categóricas, sería imposible describir la situación social establecida por estas normas, mediante proposiciones que enlazaran dos elementos como condición y consecuencia; el principio de imputación aquí, pues, no funcionaría bien. Pero las normas sociales que prescriben una omisión no son normas categóricas, es decir, normas que prescriben una conducta humana sin condición. Salta a la vista que las acciones positivas no pueden ser prescriptas sin condición, puesto que no se puede ejecutar una determinada acción sino bajo determinadas condiciones. Pero tampoco se pueden prescribir omisiones sin reservas. Un individuo no puede mentir, cometer un robo, un homicidio, un adulterio sin que haya de considerarse dónde y cómo; él no podría violar, y por consecuencia, observar estas normas, sino bajo condiciones particulares. Si la significación de las normas morales que prescriben omisiones fuera la de establecer obligaciones sin condición, es decir, obligaciones categóricas, un individuo al dormir podría dar cumplimiento a estas obligaciones, siendo el sueño, enton-

ces, el estado ideal desde el punto de vista moral. La condición bajo la cual está prescripta la omisión de un acto, es el conjunto de todas las circunstancias en las cuales el acto podría ser ejecutado. Por lo demás, no existe prohibición sin reservas importantes. Aun las normas más fundamentales, cuales la prohibición de mentir, de matar, de llevarse los bienes de otro sin su consentimiento, no son válidas sino con importantes reservas. Hay circunstancias en que no está prohibido mentir, matar, llevarse los bienes de otro sin su consentimiento. Esto pone en evidencia el hecho de que toda norma social, no solamente la que prescribe una acción positiva, sino también la que prescribe una omisión, impone una cierta conducta simplemente en determinadas condiciones. He aquí por qué toda norma establece una conexión entre dos elementos y por qué se puede describir esta conexión mediante la proposición de que en ciertas condiciones debe seguir una determinada consecuencia. Y ésta es la forma gramatical del principio de imputación, el cual, en la esfera social, constituye el equivalente del principio de causalidad en la esfera de la Naturaleza.

Capítulo II

EL DERECHO COMO OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

1. El aspecto estático del Derecho. — 2. El aspecto dinámico del Derecho. — 3. Las normas jurídicas y la razón de su validez. — 4. La norma fundamental. — 5. Las reglas de derecho y las normas jurídicas. — 6. La regla de derecho en cuanto ley social. — 7. Derecho positivo y Derecho natural. — 8. Derecho y moral. — 9. Teoría del Derecho y Lógica del pensamiento normativo.

1. El aspecto estático del Derecho. Habiendo establecido que la ciencia del Derecho es una ciencia socio-normativa y no una ciencia natural, y habiendo demostrado lo que constituye la diferencia entre estas categorías de ciencias, voy a ensayar de poner al descubierto el objeto particular de la ciencia del Derecho, o lo que es lo mismo, el Derecho como objeto de una ciencia particular.

Al dar una respuesta a esta cuestión, no hay que descuidar el hecho de que la ciencia del Derecho encara su objeto desde dos diferentes puntos de vista, es decir, que la ciencia del Derecho trata dos aspectos diferentes de su objeto: el aspecto estático y el aspecto dinámico. El Derecho puede ser considerado, por así decirlo, en su estado de reposo, como un sistema establecido, sin relación al procedimiento de su creación, es decir, sin relación a los actos creadores del Derecho; sin relación asimismo a los actos por medio de los cuales el Derecho se aplica. Pero también el Derecho

puede ser considerado en su estado de movimiento, es decir, a través del proceso de su creación y de su aplicación.

Desde el punto de vista estático, el Derecho se presenta como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Desde este punto de vista, el Derecho es la particular significación de los actos por medio de los cuales las autoridades jurídicas regulan la conducta de los individuos sometidos al Derecho. En este sentido decimos que las autoridades jurídicas emiten normas. Pues la conducta de los hombres está regulada por normas y es a las normas que se someten los individuos.

El sentido subjetivo de los actos creadores del Derecho es prescribir o permitir una determinada conducta. El sentido objetivo de un acto semejante, interpretado por la ciencia del Derecho, es el de "norma jurídica". El acto que tiene como significación subjetiva la prescripción o permisión de una conducta humana y como significación objetiva una norma jurídica, puede efectuarse de múltiples maneras: por un gesto, por un signo simbólico, por palabras habladas o escritas. Si uno se sirve de palabras, hay diversas fórmulas gramaticales para este uso. Para prescribir una cierta conducta, el legislador puede echar mano a un imperativo tal como: pagad vuestras deudas, no robéis, castigad al ladrón. O bien puede establecer: el que roba es castigado, o será castigado, o debe ser castigado. Al permitir una cierta conducta, el legislador puede declarar, en términos formales, que los individuos tienen el derecho de comportarse así; o bien puede más simplemente omitir de prohibir esta conducta. Con mucha frecuencia no es clara la expresión de la intención del legislador, y hay dudas si la significación subjetiva de su acto es una prescripción o una permisión. A veces el código penal coloca de entrada la definición del delito, como por ejemplo: el hurto consiste en apoderarse de un

objeto mueble sin el consentimiento del propietario; y más adelante una afirmación: la pena por hurto es prisión de seis meses a diez años. En este caso, la pena puede estar prescripta o simplemente permitida. Pero al describir el Derecho, el jurista determina la significación objetiva del acto del legislador diciendo: Si un individuo se apodera de un objeto mueble sin el consentimiento del propietario, debe ser penado con prisión de seis meses a diez años por las autoridades competentes. Al servirse de la palabra "debe", el jurista hace resaltar la significación del acto del legislador como norma jurídica que permite o que prescribe una determinada conducta a los individuos. La conducta efectiva del individuo corresponde o no corresponde a la norma, es decir, a una prescripción o a una permisión interpretada como una norma jurídica.

La norma no es idéntica con el acto de conducta humana por el que ha sido creada; además no es idéntica con la conducta humana a la cual se refiere, conducta que puede conformársele o no. Es indispensable distinguir lo más netamente que sea posible entre el acto y su significación, y particularmente entre el acto que crea una norma y la norma creada por este acto. Evidentemente se trata de una manera de hablar, de una metáfora, cuando se dice que un acto "crea" una norma. Lo esencial es que la norma es la significación de un acto. Esta distinción entre el acto y la norma es enteramente corriente en el pensamiento jurídico. El jurista está habituado a hablar del proceso legislativo y del resultado de este proceso, a saber, de la ley —es decir de las normas generales creadas por el acto legislativo— como de dos cosas diferentes.

En tanto que norma, el Derecho, desde el punto de vista estático, no puede ser definido como conducta humana, siendo la conducta lo que se acomoda o no al Derecho. Desde este punto de vista, el Derecho no es nada más que norma o un sistema de normas. No es sino

del Derecho como norma que podemos decir que la conducta humana se le conforma o no; y precisamente es en este sentido, desde el punto de vista estático, que hablamos habitualmente del Derecho. Los actos de conducta humana mediante los cuales el Derecho se crea y los actos de conducta humana a los cuales el Derecho se refiere, no forman parte de esta concepción estática del Derecho sino en cuanto están determinados por las normas creadas por las autoridades jurídicas. Solamente en el caso de que estos actos estén determinados por normas jurídicas, se los puede calificar de actos jurídicos. Pero desde el punto de vista estático estos actos no son el Derecho. Si en virtud de una ley penal, un juez condena a muerte a un homicida y si otro funcionario del Estado lleva la sentencia a ejecución, estos actos son conformes al Derecho, son actos jurídicos, pero no son el Derecho. El Derecho queda aplicado por estos actos. Pero el Derecho no es lo actuante; son los hombres que actúan o no de acuerdo al Derecho.

2. El aspecto dinámico del Derecho. Sin embargo, si consideramos el Derecho desde el punto de vista dinámico, es decir, si tratamos de comprender el proceso mediante el cual el Derecho se crea y aplica, la conducta humana a la que se refieren las normas jurídicas se coloca en primer plano. Pues las normas jurídicas se crean y aplican mediante actos de conducta humana, a la vez que los actos por los cuales se crea y aplica el Derecho están reglamentados por normas jurídicas. Es una particularidad característica del Derecho que él regula su propia creación y su propia aplicación. Así, por ejemplo, la legislación, es decir, la creación de normas jurídicas generales en forma de leyes, es un acto o una serie de actos determinados por la constitución. Las decisiones judiciales, los actos administrativos, los actos jurídicos del derecho privado,

todos actos creadores de normas jurídicas individuales, están determinados por las leyes. Hay actos que no hacen más que ejecutar normas jurídicas sin crearlas. Tales son los actos por medio de los cuales se ejecutan las sanciones determinadas por las normas jurídicas; pero estos actos no son actos jurídicos sino en la medida en que están determinados por las normas jurídicas que ellos ejecutan.

Estos actos que crean y aplican el Derecho son el particular objeto de la ciencia dinámica del Derecho, aunque no son su único objeto. Son el objeto de la ciencia del Derecho en la medida en que están determinados por normas jurídicas. El Derecho como objeto de una teoría dinámica es un sistema de actos de conducta humana determinados por las normas de un ordenamiento jurídico, las que, a su turno, se crean y se aplican por tales actos. Pero el Derecho no determina únicamente los actos de conducta humana mediante los cuales es creado y aplicado. La transgresión, por ejemplo, es una conducta humana que no tiene el carácter de un acto creador del Derecho; y no se podría decir que el transgresor aplica el Derecho. La conducta por la que se cumple una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo, también son, estos actos, actos de conducta humana determinados por el Derecho. Indirectamente, todo acto de conducta humana está determinado por el Derecho. Esto es consecuencia del hecho que el Derecho positivo obliga a todos los individuos a no impedir a los demás de comportarse según un modo que no esté vedado por una norma jurídica. Si alguien me impide hacer algo que no está prohibido, comete una transgresión; esto quiere decir que una sanción debe dirigirse contra él. Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido; y la conducta que en este sentido está jurídicamente permitida es una conducta indirectamente determinada por el Derecho. Indirectamente: porque

la conducta directamente determinada por el Derecho es la conducta prohibida, es decir, la conducta de un individuo por la cual se impediría la conducta de otro individuo permitida por el Derecho.

La proposición de que toda conducta humana está jurídicamente determinada, no significa que toda conducta humana está motivada, en realidad, por las ideas que el hombre se ha formado de las normas jurídicas. La proposición de que toda conducta humana está jurídicamente determinada, significa que las normas de un ordenamiento jurídico se refieren a toda posible conducta humana. La determinación de que aquí se trata no es una determinación causal; es una determinación normativa. Habiéndose establecido que las normas de un ordenamiento jurídico positivo se refieren, directa o indirectamente, a toda conducta humana, no hay ninguna conducta humana que no pudiera ser juzgada desde un punto de vista jurídico, o, para decirlo de otra manera, que no hay ninguna conducta humana a la que no le sería aplicable el Derecho positivo (nacional o internacional). Esto quiere decir que en un orden jurídico no hay lagunas.

Es la Teoría Egológica de Cossio[1] la primera que ha mostrado la importancia teórica del mencionado principio; a saber: que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, y que, en consecuencia, toda conducta humana está jurídicamente determinada. Sin embargo, aun admitiendo que no hay conducta humana que no esté directa o indirectamente determinada por el Derecho, no estamos en situación de definir el objeto de la ciencia del Derecho como conducta humana lisa y llanamente. El objeto de la ciencia del Derecho son las normas jurídicas determi-

[1] CARLOS COSSIO: *Norm, Recht und Philosophie*, en Zeitschrift für öffentliches Recht, Neue Folge, Ed. I. Heft 4, pág. 337 y sgts.; CARLOS COSSIO: *Phenomenology of the Decision*, en Latin-American Legal Philosophy, 20th Century Legal Philosophy Series, Vol. III, Harvard University Press, 1948, págs. 345 y sgts.

nantes de la conducta humana, o la conducta humana en tanto que determinada por las normas jurídicas, y esto quiere decir: la conducta humana en tanto que contenida en las normas jurídicas. La conducta humana, sin referencia a las normas jurídicas, morales o religiosas determinantes de esta conducta, forma el objeto de ciencias causales como, por ejemplo, la fisiología, la psicología, la sociología, etcétera. Esto no significa que estas ciencias ignoren completamente el hecho de que la conducta humana está motivada efectivamente por las ideas que el hombre se hubiere formado de las normas jurídicas, morales o religiosas. Pero no son las normas en tanto que tales lo que forma el objeto de estas ciencias. La conducta de una madre que alimenta a su niño, sin referencia a las normas jurídicas que obligan a la madre o le permiten hacerlo o que vedan a los otros de impedirle que lo haga, esta conducta, en tanto que tal, es desde el punto de vista jurídico, completamente indiferente. No existe en el dominio del Derecho. Entra en este dominio, se torna jurídicamente pertinente, y en consecuencia, se vuelve un objeto de la ciencia del Derecho solamente en cuanto que, directa o indirectamente, forma el contenido de normas jurídicas.

Otro ejemplo: El hecho que un individuo mate a otro es una transgresión; pero tiene el carácter jurídico de una transgresión solamente si una norma jurídica enlaza una sanción a este hecho. Si un ordenamiento jurídico enlaza a un hecho —como condición— una consecuencia jurídica, es necesario que al mismo tiempo el ordenamiento jurídico suministre un procedimiento para la comprobación de este hecho. Mientras la existencia de este hecho, en un caso concreto, no esté comprobada por la autoridad competente según el procedimiento prescripto por el Derecho, el hecho no existe en la esfera del Derecho. En Derecho no hay hechos en sí; sólo hay hechos verificados por autori-

dades competentes en un procedimiento prescripto por el Derecho. La siguiente proposición jurídica: que un determinado individuo en un caso concreto, ha cometido una cierta transgresión, es aceptable sólo si el tribunal competente en su decisión, es decir, en una norma jurídica individual ha ordenado infligir a este individuo la sanción prescripta para la transgresión por una norma jurídica general, aplicada por el tribunal en este caso concreto. Lo que hace objeto jurídico a los actos de conducta humana, y por esto mismo un objeto de la ciencia del Derecho, son las normas jurídicas referentes a estos actos.

En suma, he aquí la respuesta a la cuestión de lo que es la esencia del Derecho en tanto que objeto de la ciencia del Derecho: normas determinantes de los actos de conducta humana, desde el punto de vista de una teoría estática; actos de conducta humana determinados por normas, desde el punto de vista de una teoría dinámica. En la primera fórmula el acento se coloca sobre las normas; en la segunda, sobre los actos de conducta humana. Pero una y otra de estas dos teorías del Derecho tienen por objeto normas: las normas creadas por actos de individuos en calidad de órganos o de súbditos del orden jurídico, o, lo que vale lo mismo, en calidad de órganos o de miembros de la comunidad jurídica constituída por el ordenamiento jurídico.

3. Las normas jurídicas y la razón de su validez. Contra la tesis de que el objeto de la ciencia del Derecho sean las normas, la Teoría Egológica levanta la objeción que las normas jurídicas no pueden ser el objeto de la ciencia del Derecho porque estas normas jurídicas son el instrumento por medio del cual la ciencia del Derecho concibe y describe su objeto, el que es la conducta humana, de la misma manera que la ciencia natural concibe

y describe su objeto —la Naturaleza—, mediante las leyes causales.

Si con el término "norma jurídica" designamos la significación objetiva de un acto cuya significación subjetiva es la de prescribir o la de permitir una cierta conducta, es manifiesto que no crean ninguna norma jurídica muchos actos que tienen una semejante significación subjetiva. Hay muchas prescripciones y permisiones que no tienen el carácter de normas jurídicas. La bien conocida cuestión se levanta en este punto: Cómo reconocer la diferencia entre el acto de un bandido, cuya significación es que su víctima debe entregarle su dinero, y el acto de un funcionario administrativo cuya significación es que el individuo debe pagar cierto impuesto. La significación subjetiva de ambos actos es exactamente la misma. ¿De dónde proviene que el jurista sólo atribuye a uno de estos dos actos, y no al otro, la significación objetiva de una norma jurídica, o, para decir lo mismo, qué es lo que hace que cree una norma jurídica el acto del perceptor de impuestos y no el del bandido? Esta cuestión apunta a la razón de validez de la norma individual que la significación subjetiva del acto del perceptor de impuestos es. Esta cuestión se formula comúnmente de la siguiente manera: ¿Por qué éste es un funcionario del Estado y aquél un bandido? He aquí la respuesta: porque solamente uno de estos actos se puede interpretar como la aplicación de una norma general, en este caso, de una ley de impuestos; y a su vez, el acto por el cual se ha creado esta ley, como la aplicación de la constitución. Esto quiere decir lo siguiente: la validez de la norma individual, que es la significación del acto del funcionario, se deriva de la norma general, la ley de impuestos; y la validez de la ley de impuestos se deriva de la constitución. El mandato del bandido no es una norma jurídica aceptable porque no es posible derivar su validez de la constitución. En este caso

se plantea la cuestión de por qué la constitución históricamente primera tiene la significación objetiva de una norma jurídica; o en otras palabras: ¿por qué debemos jurídicamente comportarnos como esta constitución lo prescribe? Es la cuestión de la razón de validez de la primera constitución. Pero el acto por el cual se creó la constitución históricamente primera no puede interpretarse como la aplicación de una norma jurídica precedente, creada por una autoridad jurídica de acuerdo a alguna otra norma jurídica precedente. Que la constitución históricamente primera sea una norma jurídica válida, es una presuposición fundamental del pensamiento jurídico, de toda interpretación jurídica de ciertas relaciones interindividuales.

4. La norma fundamental. A esta presuposición he denominado la norma fundamental. No es, ni mucho menos, una norma del Derecho positivo creada o "puesta" por una autoridad jurídica. Es una norma presupuesta por la ciencia del Derecho. Es una norma porque es la respuesta a la cuestión de por qué debemos comportarnos como la constitución lo prescribe; lo cual constituye la cuestión de la razón de validez de la constitución. La respuesta a esta cuestión no puede ser sino una norma sola, la norma: Debemos comportarnos de la manera prescripta por la constitución. Esta norma se presenta como una norma suprema cuya validez no puede derivarse de una norma superior. La norma fundamental no es —como se ha sostenido algunas veces— una definición, la definición de la validez jurídica como validez de un orden jurídico particular. La razón de validez de la constitución no puede ser la definición de esta validez. De la misma manera que la cuestión concerniente a la razón de validez de la norma individual, expedida por el perceptor de impuestos, apunta a una norma superior, es decir a una norma general —la ley de impuestos—, de la

cual puede derivarse la validez de esta norma individual; y que la cuestión concerniente a la razón de validez de la ley de impuestos apunta a una norma superior, la constitución, de la cual puede derivarse la validez de la ley de impuestos, así la cuestión concerniente a la razón de validez de la constitución apunta a una norma superior de la cual pueda derivarse la validez de la constitución, a saber: la norma fundamental. La validez de la constitución sólo puede derivarse de una norma.

La norma fundamental puede formularse de la siguiente manera: Debemos comportarnos de conformidad a la primera constitución; o: En las condiciones determinadas por la primera constitución deben ejecutarse actos de coerción prescriptos o permitidos de acuerdo a la primera constitución. La norma fundamental formulada de esta manera no es más que el reconocimiento de una autoridad suprema. Ella no es la significación de un acto de conocimiento. Pero si presuponemos la norma fundamental, podemos definir la validez de un orden jurídico como conformidad con la norma fundamental, o definir el Derecho como un sistema de normas creadas y aplicadas de acuerdo a la norma fundamental. La norma fundamental forma parte del contenido de esta definición, pero no es, de por sí misma, una definición.

He caracterizado la norma fundamental presupuesta por la ciencia del Derecho, como hipótesis. Por este término únicamente comprendo el hecho de que la ciencia del Derecho al describir su objeto como un sistema de normas válidas, necesariamente presupone una norma fundamental. Sin esta presuposición ningún acto de conducta humana podría tener la significación objetiva de un acto jurídico, es decir, de un acto por el cual se crea o aplica una norma jurídica. En cuáles condiciones la ciencia del Derecho pone en juego una semejante hipótesis, es un punto sobre el que

volveremos más adelante. Por el momento basta notar que gracias a esta presuposición de la ciencia del Derecho se confiere a ciertos actos de conducta humana la calidad de actos jurídicos, es decir, de actos que crean o aplican normas jurídicas; es únicamente gracias a esta presuposición que la significación de un acto puede comprenderse como norma jurídica. Al describir el Derecho mediante proposiciones tales como: si un individuo comete un robo, debe ser penado por un tribunal criminal; o: si un individuo no paga sus deudas, un tribunal civil debe dirigir una ejecución forzosa contra sus bienes, la ciencia del Derecho supone previamente la norma fundamental. Sin esta presuposición no habría ni ciencia del Derecho ni interpretación jurídica de las relaciones interindividuales.

5. Las reglas de derecho y las normas jurídicas. Llamamos "reglas de derecho" (en alemán: Rechtssaetze) a las proposiciones mediante las cuales la ciencia del Derecho describe su objeto. Es necesario distinguir estas reglas de derecho, de las normas jurídicas que, creadas por los actos de las autoridades jurídicas, forman el Derecho, objeto de la ciencia del Derecho. En mi *General Theory of Law and State*[2] he presentado muy cuidadosamente esta distinción. Pero en mis obras anteriores, quizá, no he sido suficientemente claro en lo que concierne a esta distinción; y así he provocado mal entendidos y objeciones, algunas de las cuales me parecen ser justificadas. En particular, la crítica emitida por la doctrina egológica ha llamado mi atención sobre la necesidad de aclarar nuevamente algunos puntos de mi propia teoría definiendo lo más precisamente que fuere posible la distinción entre las normas jurídicas creadas en el curso del proceso jurídico por las autoridades jurídicas y las reglas de derecho formuladas por la ciencia del Derecho.

[2] Harvard University Press, 1945, págs. 45 y sgts., 50, 163.

Si nosotros llamamos normas también a estas reglas de derecho, nos servimos de la palabra "norma", no en su sentido originario, sino en un sentido descriptivo. Contrariamente a las normas jurídicas, las reglas de derecho no son creadas en el curso del proceso jurídico por individuos en calidad de agentes o de miembros de la comunidad jurídica, en calidad de autoridad jurídica competente. Es el jurisconsulto desprovisto de autoridad jurídica quien formula las reglas de derecho en su tentativa de captar en conjunto el fenómeno del Derecho, en el seno del cual se encuentran las normas jurídicas. Las normas jurídicas como objeto de la ciencia del Derecho son función de las autoridades jurídicas competentes, o, para decir lo mismo, función de la comunidad jurídica. Las reglas de derecho (en el sentido descriptivo de la palabra) son la función de la ciencia del Derecho, en tanto que acto de conocimiento. La significación de los actos por los cuales las autoridades jurídicas en tanto que órganos de la comunidad jurídica crean las normas jurídicas, no es la de conocer algo, sino la de reglamentar la conducta de los individuos supeditados al Derecho. Es verdad que las autoridades jurídicas, para ejecutar esta función de una manera satisfactoria, tienen necesidad de conocer algo. Pero este conocimiento preliminar no es esencial desde el punto de vista jurídico. Es preciso, ciertamente, que el juez, para dar su decisión, compruebe hechos, en particular el hecho de que se ha cometido una transgresión. Pero esta comprobación está íntegramente ligada con la decisión, que tiene el caracter de una norma jurídica individual. Lo esencial en el acto legislativo, lo mismo que en el acto judicial, es la función creadora de Derecho. Por lo demás, los individuos que, en su capacidad de órganos de la comunidad jurídica, crean el Derecho, a veces no conocen profundamente o no conocen de ninguna manera, el contenido de las normas que por sus actos crean.

Conocer el Derecho es la tarea del jurista. La diferencia entre la norma jurídica creada por la autoridad jurídica y la regla de derecho mediante la cual la ciencia del Derecho describe su objeto, se manifiesta en el hecho de que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos a los súbditos, mientras que una regla de derecho formulada por un jurista no puede tener una consecuencia semejante.

Es vacío de sentido decir de una norma jurídica, como, por ejemplo, de una ley de un Estado particular que prescribe la pena de muerte para el delito de robo, que es verdadera o falsa; pero en cambio, se la puede calificar de justa o de injusta. Una regla de derecho no es ni justa ni injusta, pero puede ser verdadera o falsa. Si, por ejemplo, un jurisconsulto describiendo el derecho penal del Estado antedicho, adelantara la proposición de que si un individuo comete un robo, debe ser penado (según el Derecho de este Estado) con prisión (y no penado con la muerte), esta proposición, presentada como una regla de derecho, sería falsa. Las reglas de derecho por las cuales la ciencia del Derecho describe su objeto, corresponden a las reglas por las cuales la ciencia natural describe su objeto, las así llamadas leyes de la Naturaleza. Es evidente que las leyes de la Naturaleza no son el objeto, sino únicamente el instrumento de la ciencia de la Naturaleza. Ocurre lo mismo con las reglas de derecho: contrariamente a las normas jurídicas que, creadas y aplicadas en el curso del proceso jurídico, forman el objeto de la ciencia del Derecho, las reglas de derecho, formuladas por la ciencia del Derecho, no son el objeto de esta ciencia sino únicamente su instrumento.

Resultando de un acto de conocimiento y sirviendo de instrumento a una ciencia socio-normativa, las reglas de derecho en tanto que leyes sociales son, lo mismo que las leyes de la Naturaleza, juicios que describen

el objeto de esta ciencia. Por otra parte, las normas jurídicas creadas y aplicadas en el curso del proceso del Derecho, no son juicios, no son de ninguna manera la función de actos de conocimiento; son la función de actos de voluntad. La tesis que he defendido en mi *Haupt-probleme*... de que el *Rechtssatz* no es un imperativo, sino que es un juicio hipotético, se refiere a la regla de derecho formulada por la ciencia del Derecho, y no a las normas jurídicas creadas por las autoridades jurídicas. Estas normas jurídicas pueden expresarse muy bien bajo la forma gramatical del imperativo. La tarea de los órganos legislativos, judiciales y administrativos, al crear y aplicar las normas jurídicas por sus actos, no es la de conocer y describir un objeto, sino la de regular, a saber: regular la conducta humana prescribiéndola y permitiéndola. La significación del acto de un agente de policía que por un toque de silbato ordena detenerse a un automovilista es una norma individual, no un juicio. La significación de un reglamento administrativo adoptado por la asamblea legislativa de un Estado dado prescribiendo o permitiendo a los tribunales de policía aplicar una multa al automovilista que no se somete a la orden de un agente de policía, es una norma general, y no un juicio, cualquiera sea la fórmula gramatical de que se revista este reglamento. Aun la significación objetiva de la decisión del tribunal generalmente designada como "juicio", no es un juicio en el sentido lógico de la palabra; es una norma jurídica que prescribe una determinada conducta humana. Pero la proposición por la cual un jurisconsulto describe el Derecho que regula la circulación —proposición formulada por él de esta manera: Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicar una multa—, esta proposición precisa es un verdadero juicio, y este juicio representa una regla de derecho. Si el automovilista, después del empla-

zamiento oficial de comparecer ante el tribunal, va a su abogado, es decir el hombre que está reputado de conocer a fondo el Derecho —pero no crearlo—, y si el abogado le responde: Si usted no obedece las órdenes del agente de policía, el tribunal de policía debe aplicarle una multa, el abogado enuncia una regla de derecho, sin expedir una norma jurídica. En consecuencia, la afirmación que las reglas de derecho formuladas por la ciencia del Derecho son juicios, no es incompatible con la afirmación que el Derecho como objeto de esta ciencia esté compuesto de normas, o que las normas sean el objeto de la ciencia del Derecho. Aun si admitimos que las normas creadas y aplicadas al correr del proceso jurídico, no son normas jurídicas más que en razón de interpretarse como tales según la norma fundamental, presupuesta por la ciencia del Derecho, de suerte que se podría decir que es la ciencia del Derecho en tanto que conocimiento jurídico la que atribuye a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas, podemos sin embargo afirmar que son las normas jurídicas lo que constituye el objeto de la ciencia del Derecho, o, lo que significa lo mismo: que el Derecho es norma o un sistema de normas. Esta manera de definir el Derecho en tanto que objeto de la ciencia del Derecho está en completa armonía con la tesis de Kant de que el conocimiento constituye o crea su objeto. Pero esta creación es una creación epistemológica del todo diferente a la creación de un objeto por el trabajo del hombre o a la creación de una ley por el legislador. De igual manera que la Naturaleza, objeto de la ciencia natural, es la creación de esta ciencia sólo en un sentido epistemológico de la palabra "creación", en el mismo sentido epistemológico, el Derecho, que como sistema de normas jurídicas es el objeto de la ciencia del Derecho, está constituído por esta ciencia. Contra la distinción de la norma jurídica creada por la autoridad jurídica y la regla de derecho formulada por

la ciencia del Derecho, se podría sostener que la regla de derecho es una reduplicación superflua de la norma jurídica. La regla de derecho, ciertamente, es una reproducción del contenido de las normas jurídicas; pero esta reproducción es tan poco superflua como la reproducción por un pianista de una sonata creada por un compositor. También la actividad del pianista es una creación, pero una creación del todo diferente a la creación del compositor. Se dice que el pianista interpreta la obra del compositor. Precisamente es lo que hace el jurista respecto a la obra del legislador.

6. La regla de derecho en cuanto ley social. Como antes lo he recalcado, las reglas de derecho al igual que las leyes de la Naturaleza son proposiciones hipotéticas (y no categóricas); esto quiere decir que las reglas de derecho son, pues, juicios en los que una determinada consecuencia se encadena a una determinada condición. Tienen la siguiente forma esquemática: si *A*, entonces *B*. Lo que distingue la ley de la Naturaleza de la regla de derecho en el sentido descriptivo de la palabra es que la significación de la conexión entre la condición y su consecuencia, la cópula, no es idéntica en las dos proposiciones. Mientras que la ley de la Naturaleza pretende: si *A* es, entonces es *B:* es decir, si tiene lugar efectivamente un acontecimiento, otro acontecimiento también ocurre u ocurrirá, la regla de derecho sostiene: Si *A* es, debe ocurrir *B*, es decir, si tiene lugar un acontecimiento, otro debe también ocurrir (aunque pueda muy bien no tener lugar efectivamente). Volvamos a los ejemplos ofrecidos en mi anterior conferencia. Una ley de la Naturaleza afirma, al describir el efecto del calor sobre los metales, que si se calienta un cuerpo metálico, se dilata; la regla de derecho afirma, al describir el derecho positivo de una comunidad, dicho en términos muy resumidos, que si un individuo comete un robo, debe ser

penado con prisión. La cópula en la ley de la Naturaleza es la palabra "es", la de la regla de derecho la palabra "debe". La significación específica de esta conexión entre la condición y la consecuencia en la ley de la Naturaleza, es la causalidad; en la regla de derecho, es la imputación.

Mediante los términos "imputación" y "causalidad" designamos específicas relaciones entre una condición y una consecuencia. Es a su condición que está imputada la consecuencia en una regla de derecho, lo mismo que en una ley natural la causa es la condición del efecto como su consecuencia. Esta es la razón por la que se requiere formular la regla de derecho como un juicio hipotético. Pues si las reglas de derecho no fueran juicios hipotéticos que enlazan una condición a su consecuencia, ninguna analogía podría mantenerse entre las reglas de derecho y las leyes naturales, entre las reglas de imputación y las reglas de causalidad. Con todo, la diferencia entre las reglas de imputación y las reglas de causalidad consiste en que la relación entre condición y consecuencia se establece, en las reglas de imputación, por un acto de voluntad cuya significación subjetiva es una norma; mientras que la relación entre condición y consecuencia en las reglas de causalidad es independiente de un tal acto.

La imputación es el principio según el cual condición y consecuencia se enlazan la una a la otra por una cópula cuyo sentido se expresa en francés mediante el uso de las palabras "se debe". La imputación es el principio de las leyes sociales por las cuales las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho se formula como una ley social. Comprobando que bajo ciertas condiciones debe tener lugar una determinada consecuencia, la regla de derecho expresa el carácter normativo de su objeto. Solamente porque el Derecho, como objeto de la ciencia del Derecho, es una norma, es decir, porque la significa-

ción subjetiva de los actos que crean el Derecho es una prescripción o una permisión de conducta humana, o, para decir lo mismo: norma, solamente por eso la regla de derecho de que se sirve el jurista para describir el Derecho, puede enlazar la condición a la consecuencia por el término "debe".

7. Derecho positivo y Derecho natural. El derecho, como objeto de la ciencia, es derecho positivo, el Derecho de un Estado particular (derecho nacional) o el Derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo es susceptible de descripción mediante las reglas de derecho formuladas por la ciencia del Derecho. La regla de derecho, por ejemplo: Si un hombre roba, un tribunal debe penar al ladrón, se refiere necesariamente a un orden jurídico particular, pongamos por caso, el derecho argentino. La regla de derecho de la Argentina expresada más precisamente, declara: Si el órgano legislativo de la Argentina ha expedido una norma general indicando que un ladrón debe ser penado por un determinado tribunal, y si este tribunal ha comprobado que un hombre ha cometido un robo, el tribunal competente, es decir el tribunal autorizado por la norma expedida por el legislador argentino, debe imponer al ladrón la pena establecida por una norma sancionada por el legislador argentino. Es de rigor que la regla de derecho se refiera a las normas jurídicas creadas en el curso del proceso jurídico.

Es inútil describir la Naturaleza por proposiciones que comprueban que bajo ciertas condiciones deben ocurrir ciertos acontecimientos. Es absurda la afirmación que un metal calentado debe dilatarse, pues la conexión entre el calor y la dilatación tal como está descripta por ley natural, no se establece mediante una norma expedida por un acto de voluntad. La proposición por la cual un naturalista hace constar una

relación entre el calor y la dilatación, se basa sobre una observación de los hechos reales, y es verificable por experiencia. Después de haber observado que no bien se calienta a un cuerpo metálico, se dilata, el naturalista describe los fenómenos en cuestión consignando que el calor es la causa que tiene a la dilatación por efecto. La proposición por la cual un jurista consigna una relación entre el robo y la pena, no se basa sobre una observación de hechos reales, y no puede ser verificada por experiencia. Si el jurista observara la efectiva conducta humana, comprobaría que muy a menudo tiene lugar un robo sin que se siga un castigo. El jurista mismo podría hacer un experimento, cometiendo un robo sin ser penado. Sin embargo, el jurista consigna una relación entre el robo y la pena, esa relación específica que designa por la expresión "se debe" y que la ciencia del Derecho caracteriza como imputación Pero esta consignación no se basa sobre una observación de la efectiva conducta humana; se basa sobre su conocimiento del código penal, es decir, de una norma jurídica que establece la relación entre el robo y la pena, como condición a consecuencia Esta relación no está establecida entre la conducta efectiva del ladrón y la conducta efectiva del funcionario estatal; esta relación está establecida por la norma jurídica entre los dos actos de conducta humana, en la norma jurídica en tanto que contenido. Al describir esta relación por la regla de derecho, el jurista no se refiere a la efectiva conducta humana, sino a la conducta humana en tanto que determinada en la norma jurídica, que es el objeto de la ciencia del Derecho, porque es el acto humano que crea esta norma jurídica el que establece la relación entre la condición y la consecuencia, descripta por la regla de derecho. Justamente, el error característico de la doctrina del Derecho Natural es el de ignorar esta diferencia entre la Naturaleza en tanto que objeto de la ciencia natural, y el Derecho en

tanto que objeto de la ciencia de Derecho, y en consecuencia entre las leyes naturales formuladas por la ciencia de la Naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia del Derecho. La doctrina del Derecho Natural considera a las leyes de la Naturaleza como reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Esta manera de pensar implica la idea de una Naturaleza legisladora. Pero además presupone la idea de que la Naturaleza es una creación de Dios y, en consecuencia, una manifestación de su voluntad. El ligamento entre la causa y el efecto, descripto por la ley de la Naturaleza, se establece pues, por la voluntad de Dios, precisamente como el ligamento entre la transgresión y la sanción, descripto por la regla de derecho, se establece por el acto de un legislador humano, el autor del derecho positivo. La doctrina del Derecho Natural, que pretende encontrar normas jurídicas en la Naturaleza, se apoya sobre una interpretación religiosa, es decir sobre una interpretación socio-normativa de la Naturaleza. Según esta manera de ver, la Naturaleza nace de acuerdo a una orden de Dios: Dios ordenó que la luz sea y la luz fué. La Naturaleza está sometida a la voluntad de Dios, lo mismo que el hombre está sometido a las normas jurídicas. Desde este punto de vista no hay ninguna diferencia entre la Naturaleza y la sociedad, porque no se hace distinción entre lo que es y lo que "debe ser".

Una ciencia del Derecho —a diferencia de una metafísica del Derecho, cual la doctrina del Derecho Natural— no puede ser más que una ciencia del Derecho positivo. Derecho "positivo" significa derecho creado por actos humanos, no por la voluntad divina. Por estos actos ejecutados por seres humanos, se crean y aplican las normas jurídicas que regulan la conducta humana. La positividad del Derecho (su carácter positivo) —este término empleado para diferenciar de un Derecho natural, el derecho en cuestión— significa que el

Derecho se crea y aplica por actos de conducta humana. Pero al caracterizar el Derecho como derecho positivo también expresamos la idea de que el Derecho es un orden social eficaz. Que el Derecho, en tanto que objeto de la ciencia del Derecho, es un derecho positivo, significa que el jurista no considera a un orden jurídico como válido sino cuando este orden es, en general, eficaz. Esto no significa que todas las normas de un orden jurídico sean eficaces siempre y sin excepción, ni que la efectiva conducta humana corresponde completamente a las normas jurídicas que regulan esta conducta. Siempre hay una cierta distancia entre lo que es de hecho y lo que debe ser jurídicamente. La eficacia del Derecho significa que es necesario que la no conformidad de la conducta efectiva a las normas jurídicas no sobrepase de un cierto máximun. En consecuencia, la relación entre la eficacia y la validez del Derecho no significa que la una es idéntica con la otra, ni que la eficacia de un ordenamiento jurídico es la razón de su validez. La razón de validez de un ordenamiento jurídico es su norma fundamental, de la cual se deriva la validez de la primera constitución y del orden entero basado sobre esta constitución. Pero el jurista presupone una norma fundamental refiriéndose a una constitución, tan sólo si esta constitución es la base de un orden jurídico eficaz. En otras palabras: la ciencia del Derecho atribuye a un instrumento que se presenta subjetivamente como la primera constitución de un Estado, la significación objetiva de una norma jurídica válida solamente si las normas expedidas sobre la base de este instrumento son en conjunto eficaces; esto quiere decir que se crean y aplican en conformidad con este instrumento.

Por el hecho de que calificamos de "positivo" a todo Derecho creado y aplicado por actos de conducta humana, de que consideramos como válido a un orden jurídico solamente cuando este orden es eficaz y de

que la conducta efectiva en conjunto se corresponde con las normas jurídicas, no se sigue, sin embargo, que el Derecho no sea otra cosa que esta efectiva conducta humana. A pesar de que al Derecho no se le considere como válido sino cuando la conducta efectiva de los individuos sometidos al Derecho es, en conjunto, conforme a la conducta prescripta o permitida en las normas jurídicas, es decir, conforme a la conducta en tanto que contenida en estas normas, a pesar de esto, el Derecho no se transforma en la conducta efectiva. Esta conducta es o no es conforme al Derecho, es decir, legal o ilegal. La proposición de que una conducta efectiva es legal o ilegal, en el sentido de que es o no es conforme al Derecho, una tal proposición sólo es posible si se supone que el Derecho no es idéntico a la conducta efectiva.

Se habla, es cierto, del Derecho positivo como de un Derecho "existente"; se habla de la "existencia" del Derecho o de una "realidad" jurídica. Pero estos términos no son más que expresiones figuradas. Lo que se llama "realidad" jurídica es del todo diferente a la realidad natural. La así llamada realidad jurídica es una manera metafórica de caracterizar al Derecho como un orden positivo, en el sentido explicado hace un momento.

8. Derecho y Moral. En la regla de derecho formulada como un juicio hipotético, la condición está ligada a su consecuencia por una cópula cuya significación está presentada en francés por el término: *il doit* (en alemán "Sollen", en inglés "ought", en español "debe ser"). Es importante notar que para la regla de derecho este término no tiene ninguna connotación moral. La proposición de que jurídicamente una conducta humana debe tener lugar, no significa que esta conducta sea moralmente buena. La regla de derecho es un instrumento para la descripción del dere-

cho positivo, tal como se lo ha establecido por los actos de la autoridades competentes, sea que de estos actos resulte o no alguna cosa buena desde el punto de vista moral. El Derecho, en tanto que derecho positivo, es un orden social diferente de la moral, que es otro orden social. Solamente porque el derecho positivo es un orden social diferente de la moral, es posible juzgar al derecho positivo como bueno o malo, como justo o injusto. La diferencia entre estos dos sistemas normativos no se pone de manifiesto en la forma lógica de las reglas por las que se describen el Derecho y la moral. Las dos clases de reglas son reglas de imputación, ligando una condición a su consecuencia por la cópula "debe" o "debería". La diferencia entre el derecho y la moral se encuentra en el contenido de estas reglas. En lo que concierne a las reglas de derecho, por oposición a las reglas de la moral, la consecuencia es un acto de coerción, una sanción socialmente organizada. Las normas de un orden moral no prescriben ni permiten tales sanciones. No es lo mismo en las normas de un orden religioso. Según la creencia de los pueblos primitivos, la desgracia, como la muerte, la enfermedad, la derrota en la guerra, las malas cosechas, todo esto se interpreta como castigo. En las religiones más avanzadas, juega un papel esencial la creencia que el alma será castigada en el otro mundo por los pecados cometidos en este mundo. Pero estas sanciones son de una naturaleza transcendente. Se las concibe como emanando de seres sobrehumanos. Por el contrario, las sanciones de un orden jurídico son actos de seres humanos determinados por normas jurídicas, a su vez creadas por actos de seres humanos. A diferencia de las sanciones religiosas, las sanciones jurídicas están socialmente organizadas. Visto bajo esta luz, el Derecho es un orden de compulsión; esto quiere decir: un sistema de normas que prescriben o permiten actos compulsivos como sanciones socialmente organizadas.

9. Teoría del Derecho y Lógica del pensamiento normativo. Esta afirmación se funda sobre un estudio comparativo de todos los ordenamientos sociales que reclaman el nombre de Derecho, de todos los órdenes jurídicos que existen en el momento actual y que han existido antes en la historia. La opinión que la coerción es un elemento esencial del Derecho ha surgido de las investigaciones sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. Es apoyándose sobre tales investigaciones empíricas que la ciencia del Derecho presenta la regla de derecho como la confirmación de que bajo ciertas condiciones debe ejecutarse un acto de coerción como sanción. Así, la ciencia del Derecho determina no solamente la estructura lógica, sino también el contenido de las reglas de derecho. Al afirmar que en este juicio hipotético la consecuencia imputada a la condición es un acto de coerción como sanción, la ciencia del Derecho indica un elemento material del orden social que ella califica de Derecho. En consecuencia, la regla de derecho no es solamente la forma pura de una ley normativa; es una ley normativa especificada materialmente, lo mismo que las leyes naturales, por ejemplo, la ley de la gravitación, son leyes causales especificadas materialmente cuyo contenido se funda sobre observaciones empíricas. Recaemos en el dominio de la Lógica ocupándonos de cuestiones como éstas: ¿Qué clase de juicio se escucha por la regla de derecho (categórico o hipotético)? ¿En qué difiere la estructura de los juicios que encarnan reglas de derecho de la de los juicios que representan leyes de la Naturaleza? Y estos problemas lógicos no se limitan a la teoría del Derecho; son comunes a todas las ciencias normativas. Pues la forma lógica de la regla de derecho es la de las leyes sociales normativas, de las cuales la regla de derecho sólo es un caso particular. En tanto la teoría del Derecho se limita a estos problemas, forma parte de la Lógica; ella es Lógica del Derecho. Pero

la cuestión concerniente al contenido específico de las reglas de derecho, es decir, la cuestión de lo que distingue a las reglas de derecho de las otras leyes sociales, cuestión de una importancia primordial para toda teoría del Derecho, no es un problema de la Lógica. Es un problema jurídico, el problema jurídico por excelencia. Ningún examen lógico sabría suministrar la respuesta. Es necesario recurrir al examen del contenido del derecho positivo; así el contenido de las leyes de la Naturaleza no es el resultado de un examen lógico, sino de investigaciones empíricas sobre la realidad natural.

Lo que yo he calificado, a tuertas o a derechas, de teoría pura del Derecho, no se limita al examen de la estructura lógica de la regla de derecho, ni, por cierto, a un examen de la estructura lógica de las proposiciones que algo debe ser o debe ser hecho. Una tal disciplina, la Lógica del deber ser, del pensamiento normativo, a justo título no podría presentarse como una teoría del Derecho. La Teoría pura del Derecho se propone determinar el contenido específico de las reglas de derecho, comparadas con las otras leyes sociales; y definir sobre la base de una exacta formulación de la regla de derecho, las concepciones jurídicas, las nociones fundamentales de la ciencia del Derecho tales como: la sanción, la obligación, la responsabilidad, el derecho subjetivo y así sucesivamente. Estas nociones no son nociones lógicas; son nociones jurídicas y únicamente una teoría general del Derecho puede establecerlas.

Capítulo III

EL DERECHO COMO ORDEN CONSTRICTIVO

1. El Derecho y la Paz. — 2. Los elementos jurídicamente indiferentes. — 3. Derecho y fuerza. — 4. La norma secundaria. — 5. La obligación jurídica. — 6. El Derecho definido como un sistema de normas sancionadas por autoridades específicas. — 7. Obligación e imputación.

1. El Derecho y la Paz. Si encaramos el Derecho desde un punto de vista teleológico, como medio para un fin particular, o diciéndolo de otra manera, si nos preguntamos por lo que es el fin del Derecho, podríamos decir que el Derecho es un específico medio de provocar una conducta humana particular que parece deseable a las autoridades creadoras del Derecho. El rasgo llamativo de este medio consiste en que las autoridades jurídicas ensayan de ocasionar la conducta deseable estatuyendo actos de compulsión como sanción para la conducta opuesta. He aquí la técnica particular del Derecho. He aquí de qué manera —estatuyendo actos de compulsión— el Derecho difiere de los otros órdenes sociales. Un acto de compulsión significa el empleo de la fuerza. Definiendo el Derecho como un orden compulsivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coerción como sanciones, suponemos que la función esencial de este orden social que calificamos como Derecho, es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones mutuas de los hombres. Según esta concepción, la relación entre el Derecho y la fuerza

es la siguiente: el Derecho es una organización de la fuerza. Fijando enteramente las condiciones y la manera en las que la fuerza debe ser actualizada por un individuo contra otro individuo, el orden jurídico reserva el empleo de la fuerza —es decir, la ejecución de actos de coerción— para algunos individuos especificados. Si designamos a estos individuos como órganos de la comunidad constituída por el orden jurídico, podemos caracterizar la función esencial del Derecho diciendo que establece un monopolio de la fuerza a favor de la comunidad jurídica. Es de esta manera que el Derecho garantiza la paz dentro de la comunidad jurídica. He aquí la esencia del Derecho, que es una específica técnica social. Y si la paz es un valor, un fundamental valor social, helo aquí al valor del Derecho, que es paz.

2. Los elementos jurídicamente indiferentes. Si se está de acuerdo con este punto de vista, se podría formular de la siguiente manera la norma fundamental presupuesta por la ciencia del Derecho: bajo condiciones determinadas en conformidad con la primera constitución, deben ser ejecutados actos de coerción conformes a la constitución primera. Partiendo de esta presuposición, la ciencia del Derecho ensaya describir el Derecho positivo mediante proposiciones que declaran que en ciertas condiciones deben ejecutarse actos de coerción como sanciones. A estas proposiciones llamamos reglas de derecho (en el sentido descriptivo de la palabra).

Al describir su objeto mediante reglas de derecho, la ciencia del Derecho determina la significación objetiva de los actos por los que el Derecho se crea y aplica. A estos actos que tienen la significación subjetiva de normas que prescriben o permiten una conducta particular, ella atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Pero es posible que un acto de una autoridad jurídica no tenga la significación subjetiva de una

norma que prescribe o permite una conducta particular. En cuanto que la significación subjetiva de un tal acto se expresa en lenguaje humano, este acto puede tener una significación subjetiva cualquiera; no solamente la prescripción o la permisión de una conducta humana. El legislador puede enunciar una teoría, un juicio de valor moral, o puede comprobar un hecho. Las constituciones, las leyes, las decisiones judiciales o administrativas expresando las intenciones de sus autores, a menudo encierran afirmaciones de este género. Una constitución puede contener la declaración que todo hombre nace libre e igual; o que la finalidad del Estado es hacer felices a los ciudadanos. Una ley puede contener la proposición teórica que la costumbre no es un hecho creador del Derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente; las decisiones judiciales pueden declarar que el juez encuentra justa su decisión, o que considera como su deber moral la protección de los pobres contra los ricos, y así sucesivamente.

Tomando como punto de partida la norma fundamental formulada más arriba, la ciencia del Derecho no puede prestar a estas afirmaciones una significación jurídica objetiva. Estas afirmaciones constituyen un elemento jurídicamente indiferente al contenido de la constitución, de la ley, de la decisión judicial o administrativa. Son elementos de los que la jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur.*

3. Derecho y fuerza. Si se interpreta el objeto de la ciencia del Derecho según la norma fundamental: En ciertas condiciones determinadas de acuerdo con la primera constitución debe ejecutarse una sanción determinada de acuerdo con la primera constitución, un acto de conducta humana puede considerarse o bien como sanción o bien como la condición de una sanción. Habiéndose sentado que la

sanción es un acto de coerción, es decir, un acto por el que se emplea la fuerza, solamente una conducta que tenga el carácter de un empleo de la fuerza puede interpretarse como sanción. Si el empleo de la fuerza no puede interpretarse como sanción, es necesario interpretarlo como una condición de una sanción, como transgresión. Esta alternativa, a saber: que el empleo de la fuerza es o bien una sanción o bien una transgresión, es una consecuencia característica de la interpretación del Derecho, según la norma fundamental formulada de la manera antedicha, interpretación de acuerdo a la cual el Derecho establece un monopolio de la fuerza en favor de la comunidad jurídica. Volveré más adelante sobre la noción de transgresión.

4. La norma secundaria. Enlazando una sanción, como consecuencia, a una conducta humana como condición, el Derecho prohibe esta conducta, o, lo que significa lo mismo, el Derecho prescribe la conducta opuesta. Es de esta manera cómo está regulada por el Derecho la conducta humana, o, en otros términos, es la técnica específica del Derecho en tanto que reglamentación de la conducta humana. Si consideramos el Derecho como un orden constrictivo y si, en consecuencia, formulamos la regla de derecho como una proposición; a saber: que bajo ciertas condiciones debe ejecutarse un acto de coerción como sanción, no puede considerarse a una conducta como jurídicamente prescripta sino cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Los códigos penales habitualmente no prohiben en términos formales el homicidio, el robo y otros delitos; se limitan por lo común a definir los conceptos de homicidio, de robo, etcétera, y a prescribir una pena para el homicidio, el robo y otros delitos. Por mucho que describamos el derecho penal establecido por tal código en estos términos: el homicidio y el robo están prohibidos por la ley, esto quiere decir única-

mente que una pena está prescripta para el homicidio, el robo, etcétera. Habitualmente un código civil no prescribe expresamente que un deudor debe pagar su deuda al acreedor. El código define lo que es un contrato y prescribe que si una de las partes contratantes no cumple el contrato y que si la otra inicia una acción, el tribunal debe ordenar una ejecución forzosa contra los bienes del deudor. Es de este modo que el derecho privado prescribe cumplir un contrato.

Es claro que la significación subjetiva de un acto legislativo puede ser la prescripción de una conducta humana, sin que el legislador enlace una sanción a la conducta opuesta. Una ley estatuyendo los impuestos puede declarar que todo el mundo debe pagar el diez por ciento de sus rentas. Pero así que no hubiere ninguna provisión estatuyendo una sanción para cuando el impuesto no se abonara, así que no acarrea ninguna consecuencia jurídica el hecho de que el impuesto no se abona, la significación objetiva de este acto que prescribe el impuesto no es una norma jurídica; es un deseo del legislador sin importancia jurídica, un contenido jurídicamente indiferente de una ley.

Supuesto que haya un acto jurídico cuya significación subjetiva sea la de prescribir una conducta humana (por ejemplo, hacer el servicio militar) y un acto complementario prescribiendo una sanción (prisión de dos a cinco años) para la conducta opuesta, la situación jurídica está completamente descripta en la proposición: Si un individuo no hace su servicio militar, debe ser penado con prisión de dos a cinco años. La proposición de que está prescripto hacer el servicio militar, o, para decir lo mismo, que bajo ciertas condiciones los individuos deben hacer el servicio militar, no es una regla de derecho porque no contiene indicaciones de sanción. En mis anteriores obras he designado a tal proposición como una norma secundaria (norma en el sentido descriptivo de la palabra). Pero es superflua una tal norma

secundaria en una descripción del Derecho positivo concerniente al servicio militar. Por otra parte, es necesario recalcar que no se puede derivar lógicamente de la regla de derecho esta norma secundaria. De la proposición: si un individuo no hace su servicio militar debe ser penado, no se puede concluir lógicamente que el individuo debe hacer el servicio militar; y de la proposición: si un individuo roba debe ser penado, no se puede concluir que el individuo debe omitir robar. Esta última proposición en tanto que afirmación jurídica no es correcta más que si su significación es idéntica a la de la proposición que el ladrón debe ser castigado. Esto quiere decir que el servicio militar y la omisión de robar están prescriptos porque el no cumplimiento del servicio militar y el robo son condiciones de sanciones. Pero todo presupone que se define al Derecho como un orden coercitivo, y que la regla de derecho se formula por medio de la proposición de que bajo ciertas condiciones debe ejecutarse un acto de coerción como sanción.

5. La obligación jurídica. Esta manera de ver tiene importantes consecuencias para la definición de la noción de obligación jurídica. La ciencia del Derecho ha tomado de la filosofía moral la noción de obligación; pero la noción de una obligación jurídica se distingue de la de una obligación moral tanto como el derecho de la moral. El orden social que llamamos la moral se compone de normas que prescriben o permiten una conducta humana sin contener normas que estatuyan actos coercitivos como sanciones para una conducta contraria a la prescripta por una norma moral. Si se prescribe una cierta conducta por una norma moral, decimos que existe una obligación moral de comportarse de esa manera, que el individuo está bajo una obligación moral de comportarse así. La noción de la obligación moral coincide con la noción de una nor-

ma moral que prescribe una cierta conducta. Decimos que un individuo que se comporta de la manera prescripta por la norma moral cumple su obligación moral; y cuando su conducta efectiva es contraria a la prescripta por la norma moral, decimos que transgrede o viola su obligación moral.

Sin embargo, cabe hablar de una obligación jurídica de comportarse de una cierta manera —contrariamente a una obligación moral— solamente allí donde una norma jurídica estatuye un acto coercitivo como sanción para una conducta opuesta. Cuando afirmamos que un individuo está jurídicamente obligado a comportarse de una determinada manera si la conducta opuesta es la condición de un acto coercitivo como sanción, queremos poner de relieve, en esta definición de una obligación jurídica, el carácter particular del orden jurídico que se distingue como orden coercitivo, de los otros órdenes sociales. Esto no quiere decir que el legislador que prescribe —de acuerdo a la significación subjetiva de su acto— una cierta conducta humana, siempre y sin excepción estatuye un acto coercitivo que serviría de sanción para la conducta opuesta. No se podría negar —como lo hemos recalcado— que los actos de los órganos creadores de Derecho a veces tienen la significación subjetiva de prescribir una determinada conducta, pero que falta el acto que estatuye una sanción para la conducta opuesta. Precisamente es ésta la situación que la jurisprudencia romana califica de *obligatio naturalis* en oposición a *la obligatio juris*. La noción de la *obligatio naturalis* implica que la significación subjetiva del acto que prescribe una cierta conducta humana (sin acto complementario estatuyendo una sanción para la conducta opuesta) no cuenta como norma jurídica a los ojos de la ciencia del Derecho, y la conducta así prescripta no es el contenido de una obligación jurídica. Pues, lo hemos indicado ya, está permitido atribuir a un acto cuya significación subjetiva sea la de prescri-

bir una conducta humana, la significación objetiva de una norma jurídica solamente sirviéndose en ello de la norma fundamental como un esquema de interpretación. Y si la norma fundamental está formulada así: En las condiciones determinadas de acuerdo a la primera constitución, deben ejecutarse actos de coerción en conformidad a dicha constitución, entonces una *obligatio naturalis* no es una obligación jurídica. Solamente es la significación subjetiva de un acto al cual no se podría prestar ninguna significación jurídica objetiva.

6. EL DERECHO DEFINIDO COMO UN SISTEMA DE NORMAS SANCIONADAS POR AUTORIDADES ESPECÍFICAS. Sin embargo, la situación es diferente si no se define al Derecho como un orden coercitivo y si la regla de derecho no se formula como una proposición de que bajo ciertas condiciones debe ejecutarse un acto de coerción como sanción, sino simplemente como la proposición de que bajo ciertas condiciones los individuos deben comportarse de una determinada manera. En este caso es necesario formular la norma fundamental por una proposición tal como la siguiente: Bajo las condiciones determinadas por la primera constitución, los individuos deben comportarse de acuerdo a las prescripciones expedidas según dicha constitución. Esto quiere decir que la norma fundamental como hipótesis de la ciencia del Derecho no se refiere a la sanción como a un elemento esencial del Derecho. Entonces cualquier prescripción de una determinada conducta humana —la significación subjetiva del acto de una autoridad jurídica— podría valer como una norma jurídica; y así toda conducta humana prescripta por una autoridad jurídica, según la significación subjetiva del acto de esta autoridad, podría pasar como contenido de una obligación jurídica sin consideración a que existiera o no una norma jurídica complementaria estatuyendo una sanción para la conducta

opuesta. Pero en este caso las normas jurídicas se distinguirían de las normas morales y las obligaciones jurídicas de las obligaciones morales, únicamente por el hecho de que las normas jurídicas, constituyendo las obligaciones jurídicas, se expiden por las autoridades jurídicas, es decir, por los individuos autorizados por la constitución para expedir normas; mientras que las normas morales, constituyendo las obligaciones morales, no se crean de esta manera. Entonces habría que distinguir entre dos clases de obligaciones jurídicas: aquellas cuya violación comporta una sanción y aquellas cuya violación no tiene semejantes consecuencias. Pero esta distinción no tendría mayor interés en lo que respecta a la esencia de la obligación jurídica; las dos clases de obligaciones serían verdaderas obligaciones jurídicas. No está del todo excluída una ciencia del Derecho que se apoyara sobre una norma fundamental que no se refiera a la sanción como consecuencia específica imputada a su condición. Pero una ciencia del Derecho de esta especie no cumpliría una de sus tareas primordiales, a saber: hacer resaltar la esencial diferencia entre el orden social que llamamos Derecho y todos los otros órdenes sociales, en particular el orden moral; esta diferencia reside en que uno es un orden constrictivo y el otro no lo es.

Si la regla de derecho se formula por la ciencia del Derecho como una proposición de que bajo ciertas condiciones los individuos deben comportarse de una determinada manera, de tal suerte que el caso en que bajo ciertas condiciones debe ejecutarse una sanción sea solamente un caso particular de la regla de derecho, la norma secundaria sería una verdadera norma jurídica. Allí donde el legislador prescribiera una cierta conducta y, además, prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia del Derecho podría describir la situación jurídica establecida por el legislador, de este modo: bajo ciertas condiciones un individuo de-

be comportarse de una determinada manera; si el individuo no se comporta de esta manera (prescripta por el legislador), debe ejecutarse una sanción. Esto querría decir que el jurista describe la situación jurídica mediante dos reglas de derecho que distinguen dos normas jurídicas: una prescribiendo una determinada conducta humana y constituyendo una obligación jurídica de comportarse de esa manera; y otra norma jurídica prescribiendo o permitiendo una sanción en el caso de una conducta opuesta, conducta que constituye la violación de la obligación establecida por la primera norma jurídica. Pero semejante descripción de la situación jurídica mediante una doble regla de derecho solamente es posible si la ciencia del Derecho no define al derecho como orden coercitivo, y solamente en el caso de que el legislador prescriba una cierta conducta y, además, de que prescriba o permita una sanción con motivo de una conducta opuesta. Si el legislador se contenta con prescribir una determinada conducta humana sin prescribir o permitir una sanción para la conducta contraria, únicamente se puede describir la situación jurídica por una simple regla de derecho, no por una doble regla de derecho; y esto solamente si el Derecho no está definido como un orden coercitivo, si la regla de derecho no se remite necesariamente a un acto de coerción como sanción.

7. Obligación e imputación. Cualquiera fuere la fórmula de que se sirva la ciencia del Derecho, que la regla de derecho se exprese por la proposición de que en ciertas condiciones debe tener lugar una determinada conducta humana o por la proposición de que en ciertas condiciones debe ejecutarse un acto coercitivo como sanción, y cualquiera fuere la concepción adoptada de la obligación jurídica —la concepción según la cual forma el contenido de una obligación cualquier conducta prescripta por una norma

jurídica en el sentido subjetivo del acto que crea esta norma, o la concepción según la cual forma el contenido de una obligación solamente la conducta cuya contraria es una condición de una sanción estatuída por una norma jurídica—, la sanción, presentada en la regla de derecho como consecuencia que debe ocurrir, no es necesariamente el contenido de una obligación jurídica. La expresión "se debe", en la regla de derecho no tiene la connotación de obligación jurídica. Por una norma moral o jurídica, reproducida en la proposición de que bajo ciertas condiciones un individuo debe comportarse de una cierta manera, una conducta particular puede ser no solamente prescripta, sino también permitida. La significación subjetiva de un acto de la autoridad jurídica puede ser una prescripción (o prohibición), pero también una simple permisión. De hecho, ocurre a menudo que el legislador se contenta con acordar a ciertos individuos el permiso de comportarse de una determinada manera. Si la conducta no está prescripta sino solamente permitida, no puede ser el contenido de una obligación. Si una conducta está solamente permitida y no prescripta, la conducta opuesta no puede ser la condición de una sanción. Pues si esta conducta fuera la condición de una sanción, esta conducta estaría prohibida. Esto querría decir que la conducta contraria estaría prescripta y no simplemente permitida. Es importante darse cuenta que las normas jurídicas que estatuyen sanciones pueden tener la significación prescriptiva tanto como la permisiva. Así, las sanciones estatuídas por el derecho internacional general; a saber: represalias y guerra, no están prescriptas, sino solamente permitidas; no están establecidas como obligaciones. Ningún Estado está obligado por el derecho internacional general de recurrir a la guerra o a las represalias en el caso de una transgresión internacional. Semejante obligación puede establecerse por el derecho internacional particular, por un

tratado constitutivo de una comunidad internacional de Estados. El tratado puede estipular que los miembros de la comunidad internacional deben recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado que ha violado el tratado y estatuir sanciones para el caso de violación de esta prescripción, constituyendo así una verdadera obligación jurídica. Pero respecto al derecho internacional general, ningún Estado viola ninguna obligación no recurriendo a las represalias o a la guerra contra el Estado transgresor. El recurso a las represalias o a la guerra como sanción del derecho internacional sólo está permitido; no está prescripto.

Esto es particularmente visible si se considera a una determinada conducta como el contenido de una obligación jurídica únicamente cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción estatuída por una norma jurídica. La ejecución de la sanción, que en la regla de derecho se presenta como una acción que debe cumplirse, no puede constituir, pues, el contenido de una obligación jurídica sino cuando se establece a la no ejecución de la sanción como la condición de una nueva sanción. Puesto que en derecho positivo es necesario que la serie de sanciones alcance un término en alguna parte, siempre habrá normas jurídicas que estatuyan sanciones cuya no ejecución no sea la condición de una nueva sanción. En consecuencia, habrá siempre sanciones estatuídas por las normas jurídicas, que no son el contenido de normas jurídicas. No existe ningún orden jurídico positivo, y no podría existir ninguno, en el cual la no ejecución de todas las sanciones estatuídas por las normas jurídicas da nacimiento a nuevas sanciones y constituye, en consecuencia, el contenido de obligaciones jurídicas (en el sentido de obligaciones sancionadas). Hay aún órdenes jurídicos positivos donde las sanciones estatuídas por las normas jurídicas no están establecidas en nada como obligaciones jurídicas en el sentido restringido de la palabra. El orden jurídico inter-

nacional —al cual ya he hecho referencia— pertenece a este género. La ejecución de la sanción característica del derecho primitivo, la vendetta, que se pone en función con motivo de un homicidio y que se dirige contra el homicida y su familia, no está garantizada por una nueva sanción jurídica. Los parientes de la víctima, es verdad, están bajo una obligación religiosa, pero no bajo una obligación jurídica, de vengarse del homicida y de su familia. Si no cumplen su obligación religiosa, ninguna sanción jurídica recaerá sobre ellos. Sin embargo, conviene describir el derecho primitivo diciendo que establece una obligación jurídica (en el sentido restringido de obligación sancionada) de abstenerse del homicidio, al estatuir la vendetta como sanción. Y se puede caracterizar el derecho internacional diciendo que impone a los Estados obligaciones jurídicas, en el sentido restringido de la palabra de abstenerse de transgresiones internacionales, al estatuir las represalias y la guerra como sanciones para las transgresiones internacionales. El orden social internacional resulta por aquí un orden jurídico al igual que el orden social primitivo. Pues se puede describir a los dos mediante reglas de derecho, es decir, reglas que enlazan sanciones como consecuencia a ciertas condiciones: el derecho primitivo mediante la regla de que debe tener lugar la *vendetta* en caso de homicidio; el derecho internacional mediante la regla de que se debe recurrir a las represalias o a la guerra en el caso de una transgresión internacional. Pero si la conexión entre la condición y la sanción como consecuencia, está designada por la expresión "se debe", aunque la no ejecución de la sanción no constituya la condición de una nueva sanción, la expresión "se debe" ("el deber") tal como se la emplea en la regla de derecho, no puede designar una obligación jurídica. Lo que pertenece a la esencia misma del Derecho es que las sanciones estén estatuídas. No es esencial que las sanciones estén estatuídas como obligaciones jurídicas.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones un cierto individuo "debe" ejercer un acto de coerción como sanción, ella no responde al asunto de si a este individuo le es obligatorio o simplemente permitido ejecutar la sanción. La respuesta a este asunto depende del hecho de si hay o no una norma jurídica por la que la sanción, según el sentido subjetivo del acto del legislador, está prescripta y no solamente permitida; o —si se define el derecho como un orden de coerción— si hay una norma jurídica que estatuya una nueva sanción para el caso de no ejecución de aquella sanción. Si hay tal norma jurídica, el individuo está jurídicamente obligado a ejecutar la primera sanción; si no la hay, al individuo le está simplemente permitido ejecutarla. La fórmula de que la sanción "debe" ejecutarse no indica nada más que la específica significación de la relación entre la condición y la consecuencia en la regla de derecho como una ley social; recalca en qué se distingue esta relación de la relación entre condición y consecuencia en una ley natural. La expresión "se debe" pone en juego la idea de la imputación, en contra de la de la causalidad. Pone en juego la idea de la imputación, pero no la idea de la obligación.

El "se debe" —das "Sollen", the "ought"— tiene un sentido lógico, no tiene un sentido moral o jurídico; o en otros términos: la "imputación" es una categoría lógica, no una noción moral o jurídica.

Capítulo IV

EL DERECHO COMO ORDEN CONSTRICTIVO

(CONTINUACIÓN)

1. La transgresión como condición de la sanción. — 2. La responsabilidad. — 3. Responsabilidad individual y colectiva. — 4. Responsabilidad y obligación.

1. LA TRANSGRESIÓN COMO CONDICIÓN DE LA SANCIÓN. La conducta contraria a la prescripta por una norma jurídica o, para decir lo mismo, la conducta que está prohibida por una norma jurídica, se llama transgresión. Hay un estrecho vínculo entre la noción de la transgresión jurídica y la noción de la obligación jurídica. La transgresión es lo contrario de la conducta que es el contenido de una obligación. Hablando figuradamente, decimos que la transgresión es la violación de la obligación. Se tiene la obligación jurídica de abstenerse de cometer una transgresión. Si formulamos la regla de derecho así: bajo ciertas condiciones un individuo debe comportarse de una determinada manera, no hay entonces ninguna dificultad en definir la noción de transgresión. Toda conducta que esté prohibida según la significación subjetiva de un acto de las autoridades jurídicas competentes, o lo contrario de la conducta que está prescripta según la significación subjetiva de un acto de las autoridades jurídicas competentes, he ahí la transgresión. Pero si formulamos la regla de derecho así: en ciertas condiciones debe ejecutarse una sanción, es necesario definir la transgresión

como una de las condiciones de la sanción. Un acto jurídico no tiene la significación objetiva de prescribir (o de prohibir) una determinada conducta sino cuando precisamente una sanción está prescripta o permitida para la conducta contraria. Se dice habitualmente que porque una conducta es una transgresión, está prohibida o es la condición de una sanción. Sin embargo, sería exacto decir: porque una conducta está prohibida, o porque es la condición de una sanción, esa conducta es una transgresión. No hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*. Si el legislador, según la significación subjetiva de su acto, prohibe una determinada conducta y si no hay ningún acto complementario que tenga la significación de prescribir o de permitir una sanción para esta conducta, ésta no es una transgresión siempre que interpretáramos los actos creadores de Derecho de acuerdo a una regla de derecho formulada como sigue: en determinadas condiciones debe ejecutare un acto de coerción como sanción.

2. La responsabilidad. Pero la conducta que, jurídicamente, se califica de transgresión, no es la única condición de la sanción prescripta o permitida: hay varias. La transgresión civil se ofrece muy bien como ejemplo de esta afirmación. La obligación jurídica de cumplir un contrato puede describirse por la siguiente regla de derecho: 1º) Si dos individuos concluyen un contrato; 2º) Si una de las partes contratantes no cumple el contrato; y 3º) Si la otra parte contratante, como actor, inicia una acción contra el demandado por ante el tribunal competente, este tribunal debe ordenar una ejecución forzosa contra los bienes del demandado. La obligación jurídica es cumplir el contrato; la transgresión es el incumplimiento del contrato. Pero es evidente que el incumplimiento sólo es una entre las varias condiciones de la sanción. Ni el hecho de concluir un contrato, ni el de iniciar una acción ante un tribunal son una

transgresión. No se podría negar que en la mayor parte de los órdenes jurídicos efectivos, no se puede imponer una sanción civil sobre los bienes de una persona que no ha cumplido un contrato, sino cuando la otra parte ha iniciado una acción. Al describir un semejante derecho positivo es necesario que se califique la iniciación de una acción ante el tribunal como condición de la sanción. Después que la acción ha sido llevada ante el tribunal, éste, antes de ordenar la sanción indicada por la ley, está exigido de asegurarse que un contrato ha sido celebrado por las partes. A falta de contrato, el tribunal no puede ordenar una sanción. Es verdad que la noción "incumplimiento del contrato" encierra el hecho de que ha sido celebrado un contrato. Pero celebrar un contrato no es la transgresión. La transgresión es la conducta de un solo individuo, del transgresor. Celebrar un contrato implica la conducta de dos individuos; de las partes contratantes. Además, celebrar un contrato es un hecho que tiene su propia significación jurídica, la que no se parece en nada ni tiene nada que ver con la de la transgresión. Celebrar un contrato es la creación de una norma individual que fija el contenido de la obligación jurídica contractual. Así, no hay manera de negar que haya al menos tres condiciones diferentes para la sanción, en el caso del incumplimiento del contrato. Entonces aparece este problema: cómo se puede distinguir una de estas condiciones y calificarla de transgresión, de entre las otras condiciones que no lo son. Yo he ensayado de resolver este problema definiendo la transgresión como la conducta del individuo contra quien se dirige la sanción en tanto que consecuencia de esa conducta. Pero esta definición parece ser aplicable solamente bajo condición que el transgresor, es decir el individuo que ha cometido la transgresión —un individuo cuya conducta cuenta entre las condiciones de la sanción— sea alcanzado por la sanción. Pero sucede en el derecho positivo que la sanción no siempre se dirige

contra el transgresor, es decir, contra un individuo cuya conducta cuenta entre las condiciones de la sanción. Si la sanción se dirige contra un individuo cuya conducta no cuenta entre las condiciones de la sanción, decimos que hacemos responsable a un individuo por la conducta de otro individuo. Ejemplos característicos de esto son la sanción del derecho primitivo, la vendetta, y las sanciones del derecho internacional general, las represalias y la guerra, sanciones que constituyen una responsabilidad colectiva.

3. Responsabilidad individual y colectiva. En todos estos casos la sanción no está dirigida o no lo está únicamente, contra el transgresor, es decir, el individuo que ha cometido la transgresión con su propia conducta; o en otros términos, la sanción no está dirigida contra el individuo cuya conducta cuenta entre las condiciones de la sanción. Si a un individuo se hace responsable por la conducta de otro individuo, no hay conducta del individuo responsable entre las condiciones de la sanción. La regla de derecho que se refiere a esta situación no se refiere a la conducta de este individuo. Solamente allí donde se trata de la responsabilidad por la propia conducta, allí donde sólo el transgresor es el responsable la conducta del individuo responsable tiene un interés jurídico. Analicemos ahora los casos en que hay responsabilidad por la conducta ajena, es decir, los casos en que la sanción está dirigida contra un individuo cuya conducta no se encuentra entre las condiciones de la sanción. En tal situación veremos que siempre hay una relación particular entre el individuo cuya conducta está entre las condiciones de una sanción (el transgresor) y el individuo contra quien se dirige la sanción (el responsable). Esta relación entre el transgresor y el individuo responsable por la transgresión, es decir, el individuo contra quien se dirige la sanción, permite al le-

gislador identificar al uno con el otro, al suponer que la sanción, dirigida directamente contra uno, indirectamente tendrá el efecto querido sobre el otro, de suerte que, en este caso, también la sanción se dirige, al menos indirectamente, contra el individuo cuya conducta se encuentra entre las condiciones de la sanción, es decir, contra el transgresor. En la guerra, el jefe del ejército que ocupa un territorio del enemigo puede promulgar el siguiente decreto: si en el territorio ocupado la población comete actos de sabotaje contra el ejército ocupante, serán fusilados algunos ciudadanos eminentes tomados en rehenes. Esta sanción se dirige directamente contra individuos que no han cometido los actos de sabotaje. Si la finalidad de una sanción jurídica consiste en infligir un mal a un individuo, se reputa que la ejecución de los rehenes causa un mal a quienes han cometido los actos de sabotaje prohibidos. La intención es impedirles a ellos de cometer estos actos amenazándolos con la sanción estipulada. Aquí también la sanción está dirigida —mediatamente— contra los transgresores. Si el jefe de un Estado *A*, por el cumplimiento de un acto de su competencia, viola un tratado concluído con el Estado *B*, y si el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera —como represalia— de los bienes de los ciudadanos del Estado *A* residentes en el territorio del Estado *B*, la sanción no está dirigida contra quien ha cometido la transgresión internacional mediante su propia conducta; está dirigida contra ciudadanos del Estado cuyo órgano ha cometido la transgresión. Comúnmente se describe esta situación diciendo que el Estado es responsable de su propia conducta; se dice que la sanción está dirigida contra la misma persona que ha cometido la transgresión —la persona jurídica del Estado *A*—. Pero la noción de una persona jurídica implica la identificación de los órganos con los súbditos y de los súbditos con los órganos de la comunidad que se presenta como persona jurídi-

ca. La relación jurídica que existe entre los órganos y los súbditos de un Estado nos permite decir que la sanción dirigida contra un individuo en tanto que súbdito de un Estado, en el caso de una transgresión cometida por un órgano de este Estado, está dirigida —indirectamente— contra el órgano que, con su propia conducta, ha cometido una transgresión internacional. Hasta cierto punto la situación es análoga a una ejecución forzosa del derecho civil, pues aunque está dirigida contra cosas, los bienes de un individuo, y no contra su persona, se comprende sin embargo como estando dirigida contra el individuo que tiene una determinada relación jurídica sobre la cosa: la relación de propietario.

4. Responsabilidad y obligación. Es necesario distinguir la noción de responsabilidad jurídica de la de obligación jurídica. Faltos de esta distinción, ha sobrevenido mucha confusión. Si alguien tiene la obligación jurídica de reparar el daño causado por él o por un tercero, se usa decir que es responsable por el daño. Pero una responsabilidad no es una obligación, y en particular no es una obligación de reparar el daño. La persona que tiene la obligación de reparar el daño es jurídicamente responsable si una sanción se dirige contra esta persona en el caso de la falta de reparación. Un individuo tiene la obligación jurídica de comportarse de determinada manera si la conducta opuesta es la condición de una sanción. El sujeto de una obligación siempre es el autor de la conducta que es el contenido de la obligación. Un individuo soporta la responsabilidad jurídica de una determinada conducta en cuanto que una sanción está dirigida contra él. Pero la conducta por la cual es responsable puede ser tanto la propia como la de otro individuo. La responsabilidad jurídica de un individuo puede referirse a la conducta ajena; pero la obligación jurídica de un individuo no puede referirse sino a su propia conducta. Lo que dis-

tingue a la obligación, de la responsabilidad es que, en el caso de la obligación, el individuo es el sujeto, mientras que en el caso de la responsabilidad es el objeto de la conducta jurídicamente pertinente. En el caso de la obligación, es el sujeto de su propia conducta, de la transgresión; y en el caso de la responsabilidad, es el objeto de la conducta de un tercero, del órgano estatal que contra él dirige la sanción. La noción de obligación se enlaza a la de transgresión, la noción de responsabilidad se enlaza a la de sanción. La transgresión y la sanción están ligadas en la regla de derecho por el principio de imputación.

Tales son las nociones primordiales de la teoría del Derecho.

Señoras y señores: he llegado al término de mis conferencias. Permitidme expresaros mi sincero reconocimiento por vuestra benévola atención. Dejadme la esperanza de que las reflexiones que os he presentado —sea que estéis de acuerdo con ellas o que las rechacéis— suministrarán algo, por poco que fuere, a la teoría del Derecho, la que en ninguna parte de este mundo ha encontrado un hogar tan digno como aquí, en vuestro bello país, en esta Universidad venerable, en este magnífico edificio, entre sabios internacionalmente reconocidos, que son, a justo título, el orgullo de su patria, de la gran República Argentina.

TEORIA EGOLOGICA Y TEORIA PURA

(BALANCE PROVISIONAL DE LA VISITA DE KELSEN A LA ARGENTINA)

Por CARLOS COSSIO

ADVERTENCIA

EL SIGUIENTE comentario a la actuación de Kelsen en Buenos Aires fué escrito y publicado antes de que llegara a la Argentina la versión definitiva que el maestro vienés habría de dar a sus lecciones profesadas en nuestra Facultad de Derecho: primero en "La Ley" de Buenos Aires, en octubre de 1949; y luego, con algunos retoques de forma, en la "Revista de Estudios Políticos" de Madrid, en diciembre de 1949, y en la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia" de México, en el primer trimestre de 1950. Actualmente hay también una traducción alemana en Viena y otra portuguesa en Río de Janeiro. El presente texto corresponde a la publicación mexicana, que es la más completa, idéntica a la publicación vienesa de la "Österr. Zeitschrift für Öffentliches Recht".

En presencia del texto definitivo que ha enviado Kelsen desde Berkeley, debo declarar con satisfacción que no se me hace necesario introducir ninguna modificación o alteración a mi comentario original, hasta tal punto éste tomó con fidelidad completa las ideas

emitidas por el Maestro en sus clases y en sus conversaciones, de todo lo cual se percatará directamente el lector con la lectura de los trabajos que integran el presente volumen, al correlacionar las ideas de uno y otro.

Sin embargo, como el actual texto de Kelsen viene con considerables ampliaciones respecto de sus clases orales —y el lector colegirá la magnitud de las mismas comparando la extensión que hoy tienen la primera y segunda conferencias con las de la tercera y cuarta— y como en estas ampliaciones a veces se contesta lo que fué motivo de diálogo entre Kelsen y yo, he agregado breves referencias en forma de notas *con letras* a fin de aclarar el alcance de mi pensamiento y de facilitar al lector la correlación de los textos, ya que en la actual versión de las clases de Kelsen muchos tópicos están ubicados en un lugar diferente del que tuvieron en la exposición oral.

Por lo demás, mi trabajo y las notas añadidas se limitan a lo dialogado y controvertido con el Maestro, es decir, a cuestiones que hoy están insertas en la primera y segunda conferencias; no a todos los asuntos desenvueltos por Kelsen y en que la Teoría Egológica tendría algo diferente que decir; por ejemplo: su idea de que la forma lógica de las normas jurídica y moral es la misma; o su idea de que una ley puede ser calificada de justa o injusta, pero no de verdadera o falsa. La Teoría de la verdad jurídica que ha elaborado la Teoría Egológica tendría muchas cosas diferentes que decir sobre éstos y otros tópicos; pero abordarlos en este comentario estaría fuera de lugar porque nos sacaría de los temas del presente debate.

CARLOS COSSIO

1. PERTINENCIA DE UNA PINCELADA RETROSPECTIVA. El magno acontecimiento espiritual que la reciente visita de Hans Kelsen ha significado para los juristas argentinos y, en general, para los juristas de habla española nos obliga a ir tamizando desde ahora los resultados perdurables del acontecimiento, tal como se recogen las arenas auríferas en la corriente cenagosa y turbulenta que las arrastra, pues el maestro, instalado en la cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires desde el 2 al 25 de agosto próximo pasado, se puso en contacto con el público argentino ante un clima de expectativa sin precedentes en nuestros ambientes jurídicos. Conocida la causa de esta tensión de los espíritus, no podemos olvidarla como pincelada inicial al afrontar nuestra tarea, porque sin ella perderíamos un hilo necesario a la comprensión de los detalles. En tal sentido se reconoce, con unanimidad de pareceres, que la causa exclusiva del clima propicio, con su expectativa y con su tensión, se debe redondamente al hecho de la difusión nacional alcanzada por la Teoría Egológica, pues los juristas egológicos, puestos desde hace tres lustros en la tarea no de repetir a Kelsen, sino de repensarlo, impusieron la Teoría Pura en nuestro medio como una moneda jurídica circulante y obligaron a los demás a conocer a Kelsen con las limitaciones naturales de los intereses y las capacidades de cada cual.

Pero precisamente este origen de la inquietud kelseniana en la Argentina, siendo un origen de desgarramiento al modo de ser que tenía nuestra mentalidad jurídica tradicional, arrojó sobre la extraordinaria expectativa algunas impurezas que, como la escoria, han de ser rigurosamente dejadas de lado en la tarea de tomar los granos auríferos.

2. DOS DIMENSIONES DE ENCUADRE. Lo primero que debo decir es que este balance de la visita

de Kelsen no puede ser, por ahora, definitivo, sino apenas provisional. Y esto por la razón decisiva que no tenemos de Kelsen su última palabra.

En efecto: Kelsen trajo sus conferencias en francés, totalmente redactadas desde Berkeley, y con la primera de ellas, intacta, comenzó su curso el día 5. Ese mismo día, ante una pregunta del Decano de nuestra Facultad acerca del destino de las conferencias y frente a su deseo de que la Facultad las publicara en una edición bilingüe, Kelsen, muy satisfecho con la idea, respondió que las conferencias pertenecían a la Facultad invitante y que antes de su partida entregaría todos los originales a tal efecto.[1]

Pero a raíz de las conversaciones jusfilosóficas, colectivas o individuales que el maestro mantenía diariamente, ya la segunda conferencia fué alterada en su texto primitivo y leída con numerosas correcciones o añadidos manuscritos. La tercera fué reelaborada y retocada de cabo a rabo, y la cuarta y última también sufrió modificaciones. Algunos de estos retoques fué tan extenso que yo mismo se lo pasé a máquina en francés, con objeto de evitarle la molestia de la lectura de toda una página manuscrita. Quienes escuchamos la segunda conferencia de Buenos Aires, y cómo la arregló para hablar en La Plata el 23 de agosto, advertimos sin dificultad nuevos cambios y flamantes concesiones a la egología. También este proceso de reelaboración de sus textos —que denota en Kelsen su horror a la palabra *ex cathedra* y su humildad científica para hablar a conciencia— explica la defraudación de cierta parte del público con la tercera conferencia, pues Kelsen había

1 Los textos no se entregaron de inmediato, después de cada conferencia, por los compromisos contraídos por el maestro con las Facultades de Derecho de La Plata y Montevideo. Con cordial gentileza no quiso declinar estas invitaciones, como tuvo que hacerlo, por razones de distancia, con las de otras Universidades argentinas. Pero como no traía nada especialmente redactado para ellas, en virtud de que las invitaciones se concretaron después de su llegada, se vió forzado a utilizar los textos de las de Buenos Aires.

concluído la segunda con la frase de que la próxima sería "la causa Cossio contra Kelsen", para defender a la Teoría Pura de críticas muy serias hechas por la Teoría Egológica [a]; y la tercera salió a luz sin ninguna *discusión* de aquellos argumentos críticos, presentando solamente la *exposición* de algunos puntos fundamentales de la Teoría Pura.

De todo esto resultó, con elocuencia que habla por sí misma, que, llegado el momento del regreso, despidiéndose de nosotros en el Decanato de la Facultad y reiterando lo que varias veces me había dicho, Kelsen expresó que se llevaba los originales de sus conferencias y que los enviaría desde Berkeley en su versión definitiva, porque les había hecho y todavía tenía que hacerles muchas enmiendas; que le habíamos planteado numerosas cuestiones fundamentales que necesitaba analizar y meditar; que con el ritmo premioso de su vida de huésped tal cosa le resultó explicablemente imposible en Buenos Aires, y que, en tal sentido, varias de las cosas que había expresado en la cátedra tenían un carácter precario, porque llegando el instante de una conferencia estaba forzado a decirnos algo para cumplir con su cometido, aunque le hubieran surgido dudas al respecto.

En resumen: que Kelsen se llevó los textos de sus conferencias para reelaborarlos, y que hasta que no nos envíe la versión definitiva el balance de su visita sólo puede ser provisional, a pesar de las tomas fonográficas o taquigráficas (éstas ni siquiera revisadas).

Este gesto de Kelsen no es el único que perfila objetivamente el espíritu que ha de recoger el balance de su visita, cualesquiera sean los resultados a que quienquiera llegue o se proponga llegar. Este gesto es superlativamente honroso para Kelsen y para los estudiosos

(a) Este final ha desaparecido de la versión definitiva, probablemente por la misma razón apuntada en el texto.

argentinos. Hay que decirlo con modestia y con orgullo a un tiempo, pues denota que Kelsen no ha venido a recitarnos sus ideas, bien conocidas en el mundo entero, y mejor que en ninguna parte en las universidades argentinas, por toda una generación de jóvenes de excepcional vocación jurídica que aprendieron a repensarlas y no sólo a repetirlas. En un arranque sin par de curiosidad científica y de simpatía por nosotros, Kelsen ha venido a dialogar con la Teoría Egológica y sólo a eso. He aquí una segunda dimensión preliminar que ha de tenerse en cuenta en el balance de su visita, si se quiere extraerle objetivamente un significado. Kelsen ha venido a dialogar con la Teoría Egológica; esa ha sido su primera palabra a los periodistas al pisar nuestro suelo; ese ha sido el hecho permanente de sus conversaciones en público y en privado; ese ha sido el cañamazo, ora expreso, ora tácito, de sus conferencias en nuestra Facultad. Y por eso, ante la invitación brasileña para hablar en Río de la filosofía jurídica latino-americana, nos expresó que hablaría de la Teoría Egológica, porque era la única filosofía jurídica latino-americana que había.

Es verdad que Kelsen ha coqueteado en grande, allanándose a la egología en la conversación privada muchísimo más que en sus disertaciones académicas. Si esto era la bonhomía peculiar de su cortesía, o una técnica de su diálogo analítico, o la afloración de dudas ya arraigadas, es cosa que no tiene importancia averiguar, y que a él tampoco le interesará aclarar. En todo caso al pendulaje lo ha tenido él, y es asunto de su responsabilidad este juego de dibujo y desdibujo. Pero entre esas rosas que nos ha prodigado hay una que vale la pena recordar, porque, con su carácter de esperanza, subraya bellamente la segunda dimensión que he señalado; héla aquí: Una de las preguntas naturales que se hicieron a Kelsen desde el primer momento era si leía y comprendía el

castellano, con objeto de apreciar la amplitud de sus lecturas egológicas. La respuesta de los primeros días fué invariablemente que, dado el interés que tenía por la Teoría Egológica, lamentaba mucho no conocer nuestro idioma, pero que ya estaba muy viejo para ponerse en la pesada tarea de comenzar a aprenderlo. Al promediar el mes de agosto, sin embargo, ante el giro, rico en incitaciones, que tomaban las pláticas cotidianas, expresó espontáneamente, más de una vez, que, hoy por hoy, para sus profundos intereses de investigador el español era el idioma más importante, porque era en español que se estaban escribiendo las cosas más decisivas para la Teoría jurídica general, y que él iba a tener que afrontar la tarea de poderlo leer. Y el día de la despedida en el Decanato de la Facultad, volviendo sobre lo que ya se presentaba como una decisión firme, me dirigió estas amistosas palabras: "Lo invito a que el año próximo me visite en Berkeley; y si lo hace, verá usted que conversaremos de la Teoría Egológica, pero en español".

3. Las concordancias de pensamiento. Las dos dimensiones que se acaban de señalar —la peripecia corrida por los textos originales y la intención determinante de dialogar con la Teoría Egológica— nos ubican como las dos coordenadas de un problema geométrico, en el ámbito espiritual de la visita de Kelsen, para poder captar adecuadamente el sentido de lo que en concreto ocurrió. Pero es claro que sin alguna referencia a esto que ocurrió aquellas coordenadas tendrían apenas un mero valor anecdótico.

Y bien: ¿qué ocurrió?, ¿qué ideas se trajeron a cuento, cuál fué su suerte y qué posiciones o problemas definieron?

Como es de suponer, hubo cuestiones en que el pensamiento de Kelsen concordó con el pensamiento ego-

lógico fuertemente, y otras en que, no menos fuertemente, discrepó. Pero al hacer el balance de su visita, no le es posible al hombre equilibrado, sin desfigurar el conjunto, olvidarse de las primeras, salvo que se ponga en la actitud de quien cree que sobra uno de los ojos de la cara y que al tuerto nada le falta. Por eso me voy a referir primeramente a dos concordancias de su pensamiento con el pensamiento egológico, que el maestro subrayó enfáticamente. Este primer lugar que se concede a las concordancias no significa que ellas sean menos importantes o menos interesantes que las discrepancias, pues son decisivas y fundamentales; se sigue este orden de exposición solamente porque es más facil y sencillo saldar las cuentas de un balance en algo en que las partes sustentan la misma opinión.

1º *El axioma ontológico.* Kelsen declaró su total adhesión al planteamiento egológico que concierne al principio "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido", añadiendo que este principio, usado empíricamente u olvidado por la teoría jurídica, y así con ella por el propio Kelsen, había logrado por primera vez la exposición correcta de su alcance y fundamento con las investigaciones egológicas. [b]

Pero es claro que esta concordancia tan rotunda no aquieta a la Teoría Egológica, porque en la vida del espíritu todo es, siempre, un punto de partida. La Teoría Egológica todavía espera ver cómo desenvuelve Kelsen su actual idea de este principio jurídico cardinal y, sobre todo, cómo elude la contradicción en que lo coloca respecto de una de las cuestiones discrepantes de que hablaré más adelante...

Porque la Teoría Egológica, en página perfectamente conocida por Kelsen, apoya este principio o axioma ver-

(b) Esta adhesión va declarada en la pág. 38 y fué reiterada constantemente, con especial calor y énfasis, en todos los diálogos privados en que el tema salió a relucir.

daderamente ontológico del Derecho, directamente en la libertad del ser humano, describiéndolo como un juicio *sintético a priori* en el sentido de la Estética trascendental de Kant. *A priori,* porque es eidético para la libertad constitutiva de la experiencia jurídica al basarse en su intuición esencial, resultando de ello que la libertad lo impone, queramos o no queramos, como la única manera posible de referirnos jurídicamente en la experiencia a la libertad misma. Y *sintético,* porque, además de la correlación lógicamente convertible entre los términos recíprocos "prohibido" y "permitido", el axioma enuncia la libertad como prius. Por eso no es lo mismo decir "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido", que decir "todo lo que no está permitido está jurídicamente prohibido"; en lo primero, la libertad constitutiva del ser humano es el punto de partida; lo segundo es radical y necesariamente falso, con una falsedad de tal naturaleza que hace imposible tomar contacto con la experiencia jurídica.[2]

2º) *La Lógica del deber ser.* No menos categórico fué el pronunciamiento de Kelsen acerca del carácter lógico-formal del nexo imputativo o cópula del deber ser. [(c)] En la cuarta conferencia se le oyó decir que, *en este sentido* (y sin perjuicio de otras cosas que la Teo-

2 Quien no esté familiarizado con este problema y sus tecnicismos filosóficos puede verlo expuesto con ejemplos aclaratorios y en forma más ampliamente explicativa en el artículo que publiqué en la revista *La Ley* del 31 de diciembre de 1948. *¿Cómo ve Kelsen a la Teoría Egológica del Derecho?*, cap. II, primera cuestión, que es la página conocida por Kelsen a que me refiero en el texto.

(c) Véase la pág. 57, que es terminante y que se torna decisiva para lo que la Teoría Egológica esperaba de Kelsen, según se apreciará más adelante. Véase también el desarrollo explicativo del cap. II, 6, que sigue exactamente la línea siempre utilizada por la Teoría Egológica para interpretar la Teoría Pura. Véase también los preludios de las págs. 13 y 21. Con estos pasajes, especialmente con el citado en primer término, queda rectificada por Kelsen la afirmación que le atribuye el profesor Josef L. Kunz de haber negado la existencia de una Lógica del deber ser y de que la Teoría Pura del Derecho tuviera algo que ver con semejante idea.

ría Pura pudiere ser), la Teoría Pura del Derecho era Lógica y solamente Lógica.[3]

Sin embargo, para hacernos cargo debidamente de lo que esto significa hay que considerar dos cosas:

a) El valor legítimo y unívoco que adquiere el uso del término "deber ser" en cuanto que mera unión proposicional de dos nombres, con prescindencia de todo contenido axiológico, positivo o negativo, mentado por la expresión. Lo importante es la autonomía intrínseca que tiene este deber ser lógico como simple modo de expresión, y que justificará, de por sí, su empleo aquí, allá, más allá. A este aspecto del asunto Kelsen lo ha denominado siempre "pureza metódica", y desde ella la Teoría Egológica ha llevado a cabo sus investigaciones sobre la normatividad. Kelsen mismo, en las conversaciones privadas, ha subrayado este acuerdo

[3] Con extraña dualidad epistemológica, Kelsen insiste en que la Teoría pura es otra cosa *además de Lógica.* Pero de que la afirma decididamente también como Lógica jurídica formal no cabe la más mínima duda. Véase el siguiente pasaje en uno de sus últimos trabajos, posterior ya al conocimiento del pleito que le tiene instaurado sobre el punto la Teoría egológica, donde subraya pensamientos decisivos por su claridad y donde la comparación final que él hace con la ciencia de la Lógica da la exacta correspondencia que toca a la Teoría pura: "Es evidente que el pensamiento jurídico difiere del pensamiento sociológico e histórico. La *pureza* de una teoría del Derecho que tienda a un análisis estructural de los ordenamientos jurídicos positivos consiste en nada más que en eliminar de su esfera problemas que requieren *un método diferente* del requerido por su propio problema específico. El postulado de pureza es el indispensable requisito para *impedir un sincretismo de métodos,* un postulado que la teoría jurídica tradicional no respeta suficientemente o no respeta de ninguna manera. La eliminación de un problema de la esfera de la Teoría pura del Derecho no significa, por cierto, negar la legitimidad de este problema o de la ciencia que con él trate. El Derecho puede ser el objeto de diferentes ciencias; la Teoría pura del Derecho nunca ha pretendido ser la única ciencia del Derecho posible o legítima. La sociología del Derecho y la historia del Derecho son otras. Ellas, junto con el *análisis estructural del Derecho,* son necesarias para un completo entendimiento del completo fenómeno del Derecho. Decir que no puede haber una teoría pura del Derecho, porque un análisis estructural del Derecho, restringiéndose a su problema específico, no es suficiente para un completo entendimiento del Derecho, significa decir que no puede haber *una ciencia de la Lógica,* porque no es posible un entendimiento completo del fenómeno psíquico de pensar sin una psicología (KELSEN: *Law. State and Justice in the Pure Theory of Law,* en "The Yale Journal", enero de 1948, pág. 383).

fundamental con la Teoría Egológica, recordando con complacencia el prólogo que tiene la traducción argentina de su libro *La Teoría pura del Derecho.* Pero conviene insistir; la pureza metódica no significa el deseo de ser pulcro en la investigación jurídica, ni la conservación de una estricta coherencia respecto de ciertas premisas; la pureza metódica se resuelve en un contenido propio, que es el principio de imputación, con su radical diferencia respecto del principio de causalidad.

b) Pero hay que considerar también, como integrando esta Lógica jurídica formal, porque emergen por aplicación directa del principio de imputación en su uso constructivo, tres construcciones kelsenianas de la mayor importancia: la teoría de la norma, la teoría del ordenamiento y la teoría de los dualismos científicos del pensamiento jurídico. La teoría de la norma en cuanto que la norma es un juicio; no interesa, por ahora, aclarar si es un juicio descriptivo o un juicio prescriptivo, que es una de las discrepancias pendientes a que me referiré más adelante; pero sí, y ello basta, a que, de una u otra manera, la norma es un juicio con su peculiar estructura (v. g., categórica, hipotética o disyuntiva) y con su peculiar contextura (conceptos fundamentales integrantes). Como es obvio, la teoría de la norma se encuentra en indisoluble ligamen con el principio de imputación, participando de su trascendencia y destino, por la sencilla razón de que la cópula siempre es cópula en el juicio o proposición, en cuanto que es el elemento funcional del mismo.

De igual manera vemos a continuación la noción kelseniana de ordenamiento jurídico indisolublemente ligada al principio de imputación, porque todo el ordenamiento se disuelve en relaciones normativas que se jerarquizan gracias a la relatividad y reciprocidad de los conceptos "creación" y "aplicación" del Derecho, en cuanto que éstos no denotan dos actividades separadas ni separables, sino una sola actividad. En con-

secuencia, una norma inferior *debe ser* creada de acuerdo al procedimiento y posibilidades señalados en otra norma superior del propio ordenamiento.

Y así, por último, vemos los dualismos científicos del pensamiento jurídico (Derecho público y privado, Estado y Derecho, Ordenamiento estatal e internacional) indisolublemente ligados al principio de imputación, en cuanto que tales dualismos sólo desarrollan peculiares posiciones arquitectónicas del deber ser en la sistemática jurídica, uno considerando la imputación terminal, otro la imputación central y otro la imputación inicial; pero los tres considerando siempre una imputación de específica significación dialéctica (es decir, de puras posibilidades normativas), y de ningún modo analítica o constructiva de la experiencia. En efecto, el primer dualismo tematiza los modos lógicos de la imputación terminal de la individualidad, en cuanto que la norma individual puede ser creada autocrática o democráticamente. El segundo dualismo tematiza los modos lógicos de la imputación central de la pluralidad, en cuanto que la unificación del ordenamiento se concentra o se dispersa. Y el tercer dualismo tematiza los modos lógicos de la imputación inicial de la totalidad, en cuanto que se abordan las posibilidades de la norma fundamental en absoluto. Norma individual, norma personificadora y norma fundamental son, por cierto, tres problemas de deber ser que se pueden tratar con pureza metódica prescindiendo de todo contenido empírico, no sólo en el plano analítico del ordenamiento en sus partes y en su unidad (tal como se los ve en los dos desarrollos kelsenianos precedentes al proceder a la construcción o reconstrucción conceptual de la experiencia jurídica efectiva), sino que también en el plano dialéctico de las posibilidades lógicas de cada uno de ellos, destacando entonces las consecuencias sistemáticas de estas posibilidades (que es lo que hacen estos tres famosos dualismos en la teoría jurídica).

Así, bajo estos cuatro rubros, a saber: pureza metódica como el plano de la imputación, teoría de la norma como analítica de las partes, teoría del ordenamiento como analítica del todo y teoría de los dualismos científicos como dialéctica del pensamiento jurídico, ha presentado invariablemente la Teoría Egológica el contenido rico, denso y extenso de la Lógica normativa que está en la obra kelseniana[4]; en esa parte de la vasta obra kelseniana a la que sólo corresponde el nombre de Teoría Pura del Derecho, dentro de un sentido científico de los términos que sea estricto y sin concesiones. Contenido doctrinario de cuatro rubros que, por lo demás, corresponde a lo que trata el maestro en todas sus obras pertinentes y que se encuentra ratificado en el prefacio de la última de ellas al definir su propósito, la justamente alabada *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1945), libro citado por primera vez en castellano por los egológicos argentinos[5], y que, hoy por hoy, representa la última expresión sistemática en la evolución del pensamiento de Kelsen. A fin de que el lector juzgue por sí mismo, séame permitido transcribir, sin mutilación, el párrafo de referencia: "La materia de una teoría general del Derecho son las normas jurídicas, sus elementos, su interrelación, el ordenamiento jurídico como un todo, su estructura, la relación entre diferentes ordenamientos jurídicos y, finalmente, la unidad del Derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos".

Se ve, pues, que carece de sentido desligar, dentro de la Teoría Pura, estrictamente considerada, los tres

[4] Tal vez por eso ha podido decir Josef L. Kunz, el autorizado internacionalista y discípulo de Kelsen: "Ningún filósofo latino-americano del Derecho ha entendido a Kelsen mejor que Cossio", en su estudio publicado en *The University of Chicago Law Review*, vol. XII, núm. 2, pág. 227, febrero de 1945, y reproducido en *Jurisprudencia Argentina* de Buenos Aires.

[5] Ver Cossio: *Norma, Derecho y Filosofía*, notas 2 y 8, en *La Ley*, t. 43, año 1946.

rubros sistemáticos (teoría de la norma, teoría del ordenamiento y teoría de los dualismos científicos) del rubro preliminar y fundante de la pureza metódica. Así como también que carece de sentido pretender disminuir el alcance de la significación lógico-formal de la pureza metódica, reconocida por Kelsen en su cuarta conferencia, sobre la base del cómputo de páginas, muchas o pocas, que el maestro le dedica en sus libros a este rubro. Pues aparte que son muchas las páginas que dedica al principio de imputación[6] —y ya hemos visto que pureza metódica, imputación y valor lógico-formal del deber ser son tres modos de abordar la misma cosa en lo que concierne al conocimiento dogmático del Derecho—, aparte de esto, lo decisivo es siempre el significado que tiene esta idea dentro del conjunto de la obra kelseniana. Y acá una simple reflexión nos da la respuesta, sin equívocos y con lealtad: ¿Qué es lo revolucionario de Kelsen? ¿Con qué ha trastornado el pensamiento de los juristas? ¿Cuál es su título de creador de una posición doctrinaria dentro de la Ciencia del Derecho? No son, por cierto, sus análisis dogmáticos de la noción de responsabilidad o sanción, ni sus investigaciones sobre *La Política* aristotélica o la sociología de la causalidad y la retribución, aunque en todo ello brilla siempre primorosamente su talento y su saber en páginas canónicas. Su título exclusivo y definitorio, respecto del cual toda su producción es tributaria, radica en haber descubierto el valor lógico-formal que tiene el deber ser en la proposición jurídica. Y ha sido el propio Kelsen quien primero se ha dado cuenta de esto, como bien lo acredita el título de su primera obra significativa: *Los problemas capitales de la Teoría del Derecho Político, desplegados por la teoría de la proposición jurídica.*

6 Las mismas conferencias de Buenos Aires dan una proporción: la primera y parte de la segunda estuvieron dedicadas al asunto, sobre un total de cuatro conferencias.

En resumen: la concordancia, acusada expresamente por Kelsen en su cuarta conferencia, entre la Teoría Pura y la Teoría Egológica, respecto del valor lógico-formal del deber ser, no puede ser ni más categórica ni más importante.

Pero el balance de su visita no puede concluir con las concordancias de pensamiento. Ya es hora de ver las discrepancias; cosa, por cierto, más difícil de clarificar, pues al decir discrepancias tenemos que puntualizar dos cosas: discrepancias sobre qué y discrepancias entre quiénes.

Comenzaremos por lo segundo.

4. Los tres protagonistas y sus problemas. La tensión espectacular que se ha vivido con la visita de Kelsen ha tenido tres protagonistas. Para cada uno de ellos, la tensión no tenía la misma significación, ni por el contenido del drama, ni por la dirección que al drama imprimía el ámbito espiritual en que cada protagonista se hallaba colocado. O para decirlo con otras palabras: la ecuación personal, de intelecto y mismidad, de cada protagonista superpone tres perspectivas que hay que diferenciar al unirlas en el balance que reclama el espectador, porque cada protagonista arroja en él no sólo su respuesta a las cosas planteadas, sino que también el problema que cada uno tenía.

Esta distinción entre respuesta y problema personal es sutil, pero es importante y hay que tenerla en cuenta. No vaya a creerse que ha habido respuestas diferentes desde un problema común. Cada protagonista ha dado su respuesta, pero la ha dado dentro del problema con el que cada cual venía a la liza. Y como este problema personal integra el acontecimiento en cuanto que quedaba puesto en él por la propia actuación del protagonista, se comprende que para diferenciar a los protagonistas debamos aclarar cuál era el

problema de cada cual. Son tres los protagonistas, y frente a ellos está el espectador reclamando el balance.

El primer protagonista es Kelsen, ¿Qué problema le creaba la situación de su visita, en función del cual habrían de aparecer sus respuestas? Kelsen venía sorprendido por el hecho insólito de que su nombre hubiera alcanzado, en la República Argentina, una difusión *en escuela* (la escuela egológica), tal como hoy en día él no puede computar en ninguna otra parte del mundo. La visita, pues, le implicaba aclarar el porqué de esta adhesión de escuela. Esclarecer y sopesar este porqué le resultaba imposible a la distancia por su desconocimiento del castellano y por la consiguiente imposibilidad de conocer toda la producción egológica. Kelsen apenas conocía la traducción alemana de *Norma, Derecho y Filosofía,* la traducción inglesa de la *Fenomenología de la Sentencia* (que corresponde a las 65 páginas iniciales de las 450 que hacen *La Teoría Egológica del Derecho*) y una traducción alemana del artículo *¿Cómo ve Kelsen la Teoría Egológica del Derecho?* que publiqué en *La Ley* del 31 de diciembre del año pasado. Para aclarar su propia cuestión, aquel porqué, para él clave e ineludible, no tenía más recurso que el contacto personal y la vía oral.

Sin embargo, el conducto oral le complicaba extraordinariamente la situación, precisamente porque él venía con un conocimiento fragmentario y precario de la Teoría Egológica. Pues al conocer las cosas que no conocía, ¿qué sorpresas habría de recibir? Era de prever que hubiera muchas sorpresas, dada la correspondencia cambiada entre Kelsen y Kunz, y los diálogos tenidos en Norteamérica con los doctores Nieto Arteja, Gioja y Gerosa.

Si las sorpresas concernían a problemas nuevos que no afectaran una cuestión de fundamentos, la complicación no sería molesta. Pero si, al revés, concernían a la fundamentación de problemas comunes bajo la

tacha de que Kelsen hubiera trabajado pretemáticamente sobre ellos, entonces las sorpresas se le harían fastidiosas, por esta razón: Rechazar la nueva fundamentación ¿no era rechazarse a sí mismo, en cuanto que rechazaría la adhesión prestada por la nueva escuela en mérito del valor que le asignaba aquella fundamentación? Y aceptar la nueva fundamentación ¿no era acaso renunciar a la intención integral de la Teoría Pura?

La verdad es que el problema central de Kelsen, a saber: aclarar el porqué de la adhesión de escuela con que la Teoría Egológica había luchado por su nombre, se le complicó de las dos maneras a medida que se desarrollaba su actuación en Buenos Aires. A ambas he de referirme más adelante; pero aquí he de señalar cómo concluyó por planteársele a Kelsen su propio problema en razón de aquellas novedades que concernían a los fundamentos. Kelsen ha recorrido su larga carrera de publicista en un son polémico ardoroso y tremendo que es de todos conocido. Sin embargo, es de notar que siempre, hasta hoy, Kelsen ha estado en la polémica como *atacante*: Kelsen aparecía como el filósofo frente al desamparo antifilosófico de sus adversarios; Kelsen era quien hurgaba en los fundamentos dogmáticos y pretemáticos de sus contrincantes, y no a la inversa; Kelsen era el crítico reflexivo, que sabía de método y epistemología, frente al realismo ingenuo plural, que él desenmascaraba y hacía envejecer con sus infalibles piedras de toque. Si se trataba del jusnaturalismo, la filosofía de Kelsen aparecía como la concorde con la ciencia y a la altura del adelanto de los tiempos. Si se trataba del historicismo o del sociologismo, la teoría kelseniana aparecía como la que no incurría en groseras confusiones de fundamento. Si se trataba del ideologismo, la teoría kelseniana aparecía como la ciencia pura frente al circunstancial interés político. Si se trataba del ficcionalismo, Kelsen apare-

cía con los pies en la tierra, liberado de toda hipóstasis imaginativa. Si se trataba del casuísmo, la teoría kelseniana aparecía como el resorte que permite ir más allá de la circunstancia, hasta el fondo de las cosas, precisamente porque teorizaba con principios fundamentados. Si se trataba del formalismo, Kelsen aparecía como quien sabía defenderlo de verdad, con su *excesivo* (!) formalismo, frente a un incoherente formalismo *a medias* que se atascaba con la realidad.

Pero en el drama de Buenos Aires, el papel polémico habitual de Kelsen quedó invertido: por primera vez Kelsen ha estado en una polémica *a la defensiva*. Aquí, Kelsen ha aparecido como el antifilosófico, como el ciego para los puntos de vista vigentes en los actuales tiempos filosóficos, y a cuyo contacto se desenmascaraba en retraso la marchita lozanía de su horizonte intelectual del mundo jurídico. Ahora fué Kelsen quien se vió hurgado en los fundamentos con el título neutral que dan los datos y que, con el nombre de cultura, axiología, vida o existencia plenaria, le reclama que ajuste el Derecho a la experiencia, ya que el hombre de carne y hueso no encuentra cabida en la disyunción, exhaustiva para Kelsen y configuradora de sus ideas, entre Norma y Naturaleza.

Bajo esta situación final de su propio problema tenía Kelsen que ir dando sus respuestas a los temas concretos; respuestas concretas que, de una u otra manera, arriesgaban la aceptación o el rechazo, por parte de Kelsen, de la adhesión a él profesada por la Teoría Egológica. ¿Iba Kelsen a aceptar la imagen egológica de Kelsen? O ¿iba Kelsen a aceptar la imagen kelseniana de Kelsen? A primera vista, a la luz del juicio ingenuo del sentimiento, parece insostenible la carta egológica en esta alternativa, pues por mucha simpatía que Kelsen tuviera por los filósofos egológicos, el amor a sí mismo sería mayor en cuanto que aquí significaba defender la propia subjetividad. Pero la solución de

la alternativa no era tan sencilla, porque Kelsen es un auténtico científico, y en el juicio científico cuentan otras cosas que el sentimiento. El rechazo de la imagen egológica de Kelsen por parte de Kelsen contaba de entrada a su favor con el factor subjetivo de toda verdad, en cuanto que la expresión de la verdad requiere inalienablemente una convicción personal intuitiva. Pero la verdad supone también un factor intersubjetivo. Y el rechazo de la imagen kelseniana de Kelsen por parte de Kelsen computaba, en cambio, de entrada a su favor este factor intersubjetivo de naturaleza conceptual de la verdad. Tal venía a ser el problema. Y si, como se verá más adelante, resultara que la imagen kelseniana de la Teoría Pura es pretemática acerca de la Ontología, entonces la alternativa adquiría otro contorno.

Veamos ahora el problema del segundo protagonista. Este segundo protagonista es la Teoría Egológica. Su problema sería muy sencillo de deslindar si no mediara la confusión, entre quienes se informan de oídas, de que la Teoría Egológica y la Teoría Pura son, poco más o menos, la misma cosa; la primera algo así como un rebrote y desarrollo no autónomo de la segunda. Pero no hay tal cosa. Pues la Teoría Egológica siempre ha restringido la estricta Teoría Pura a un valor de Lógica jurídica formal. La Teoría Egológica se despliega en cinco grandes problemas: Ontología jurídica, Lógica jurídica formal, Lógica jurídica trascendental, Axiología jurídica pura y Gnoseología del error. Haciendo proporciones, la Teoría Pura sólo alcanza al veinte por ciento de su temática integral. A la Teoría Egológica le interesa aclarar que la Teoría Pura vale en el ámbito formal del pensamiento lógico-jurídico, y por qué vale en este ámbito, pero no más allá. En tal sentido poda, por injustificada, toda otra pretensión de la Teoría Pura. Y al aceptarla en tal sentido, la acepta absorbiéndola en cuanto que con ella integra

sistemáticamente el propio desarrollo temático total de la egología jurídica. Y la posibilidad de esta absorción no es cuestionable, porque está verificada en los hechos; jamás ninguna de las numerosísimas investigaciones egológicas, de filosofía o de ciencia dogmática, se ha visto trabada o llevada a incongruencia por este uso lógico-formal de la Teoría Pura que todas han utilizado.

No hay que engañarse, pues, acerca de cuál era el problema, claro y único, de la Teología Egológica en su papel de segundo protagonista en la visita de Kelsen a la Argentina; a saber: la absorción de la Teoría Pura en carácter de Lógica jurídica formal si la Teoría Pura *stricto sensu* era Lógica. La Teoría Egológica esperaba este reconocimiento por parte de Kelsen, y nada más. Reconocimiento de que la Teoría Pura *stricto sensu* era Lógica, como proposición fundante, viniera o no viniera expresamente el reconocimiento de la absorción, que de ello se deriva. Y tal reconocimiento, como ya se ha visto, vino en forma categórica, a pesar de las modalidades con que se presentó [d]; con lo cual el problema de la visita de Kelsen, para la Teoría Egológica, quedaba cerrado y saldado, aunque no quedaran cerrados los problemas de los otros dos protagonistas.

Cualquiera otra concordancia de pensamiento que expresara Kelsen no hacía al problema que con él tenía la Teoría Egológica, ni era nada de lo que de él esperaba la Teoría Egológica. Una cosa es cómo ve Kelsen

(d) Me remito a lo dicho en la nota (c). La distinción entre Teoría Pura *stricto sensu* y *lato sensu* no puede desatenderse: La primera abarca solamente la teoría de la norma, la teoría del ordenamiento y la teoría de los dualismos científicos del pensamiento jurídico en cuanto que todo ello se funda en la teoría de la imputación como pureza metódica. La segunda comprende también todo lo empírico que eclecticamente quiera agregar Kelsen como producto flamante de asuntos apresuradamente tematizados bajo la presión de la crítica. Pero es claro que respecto de estos temas de fundamento empírico, hace flagrante quiebra la decantada consigna de la pureza metódica. El *mismo* Kelsen reconoce tardíamente, en la pág. 58, la inadecuada que resulta así la denominación "Teoría pura del Derecho". Pues siguiendo su pensamiento original hemos de preguntarnos siempre: ¿Dónde está la pureza metódica? *Lato sensu*, la Teoría pura resultaría ser una teoría impura.

a la Teoría Egológica, que era el problema del tercer protagonista, y otra muy diferente es, al revés, cómo ve la Teoría Egológica a Kelsen, que era el problema egológico, y sobre cuya visión, en cuanto que adecuada o inadecuada, la Teoría Egológica esperaba una respuesta de Kelsen con explicable interés científico, por lo que pudiera servir o no para revisar o confirmar la propia tesis según en qué esa respuesta se fundara. Pero fuera de esto, cualquiera otra concordancia de pensamiento que expresara Kelsen caía más allá de lo que esperaba la Teoría Egológica y sólo podía significar una ventura por añadidura. Tal así, la adhesión kelseniana al axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, nada quita ni pone al problema que la Teoría Egológica tiene con Kelsen, por mucho que nos satisfaga esta valiosa concordancia. Podría el maestro haber seguido creyendo, como antaño, que hay actos de conducta extrajurídicos (los derechos de libertad)[7], pasando por alto la incongruencia de esta idea con su tesis de que no hay lagunas en el Derecho, que el problema de la Teoría Egológica hacia él, lo que de él esperábamos, subsistiría en los mismos términos actuales.

Y esto se comprende porque el interés del problema egológico acerca de la Teoría Pura está situado en otro punto, como se ha explicado. La Teoría Egológica como tal podía y debía esperar algo de la visita de Kelsen, respecto de cuestiones en que Kelsen y la Teoría Egológica hubieran dicho algo común; esto definía una posición entre ambos y suponía una tematización de fundamentos por cada parte que urgía esclarecer para las perspectivas de un saber acumulativo; tal es lo que ocurre con el valor lógico-formal del deber ser en la proposición jurídica, y por eso esto era el problema kelseniano de la Teoría Egológica.

7 Ver KELSEN: *Teoría general del Estado*, pág. 202, Barcelona, 1934, Ed. Labor.

Pero la Teoría Egológica como tal nada tenía que esperar de la visita de Kelsen, respecto de cuestiones en que la Teoría Egológica algo hubiera dicho y Kelsen nada; así no se define ninguna posición común, y sólo queda en exhibición una falta de tematización por parte de quien nada tiene dicho; por eso ahí no puede estar el problema con Kelsen para la Teoría Egológica. Tal era el caso respecto del axioma ontológico, aunque hoy estemos en concordancia. Tal es también el caso respecto de las discrepancias pendientes que veremos más adelante, porque todas ellas están sometidas a la crítica que la Teoría Egológica hace a la Teoría Pura para podarla de sus pretensiones pretemáticas injustificadas.

¿O es que ha de decirse que esta crítica egológica a la Teoría Pura, en la amplitud de sus pretensiones, es cosa que ha estado oculta y que hoy aflora en gesto advenedizo y antojadizo a un tiempo? De ninguna manera; la ha visto siempre quien ha sabido verla; nadie la ha subrayado con mayor autoridad y elegancia que un ilustre príncipe de la filosofía portuguesa, cuya es esta frase: "Donde la superación de Kelsen surge con mayor evidencia es allí donde la teoría egológica sustituye el normativismo por el conductivismo... La Teoría Egológica es, de por sí misma, una de las críticas más eficaces que, desde un punto de vista no polémico, se ha efectuado a Kelsen".[8]

Nada mejor que esta crítica egológica a las pretensiones de la Teoría Pura para comprobar que hemos diseñado con pulcritud el problema del segundo protagonista de la visita de Kelsen. Ahora podemos comprender muy bien que no pertenecen a este problema cuestiones como la siguiente: La Teoría Egológica afirma que el Derecho como objeto es conducta, y Kelsen

[8] ANTONIO JOSÉ BRANDAO: Estudio crítico publicado en el *Boletin da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra*, fasc. II, vol. XXII, pág. 529, año 1946, y también en *La Ley*, t. 48, Buenos Aires, 1947.

nunca ha aceptado del todo esta tesis, cuando no la ha negado rotundamente; he aquí el balance que se esperaba del cotejo entre la Teoría Egológica y la Teoría Pura.

Pero ¿es que el cotejo no lo podía hacer cada cual sin necesidad de que viniera Kelsen como un arcángel salvador? ¿Es que se puede suponer que la Teoría Egológica no supiera que aquella afirmación sobre la conducta era la definitoria de su privativa posición doctrinaria? ¿Es que si aquella afirmación perteneciera a la Teoría Pura podrían ser cosas diferentes la Teoría Pura y la Teoría Egológica? ¿Es que representa un problema o una incógnita cotejar cosas que se sabe que son diferentes? ¿O es que no se advierte la confusión interna que va adjunta a cuestiones como la señalada y que estas interrogaciones tienen la virtud de puntualizar?

Sin embargo, tales cuestiones se formularon a granel; pero ¿por quién? Ya se colige: por el tercer protagonista.

Tercer protagonista podía ser cualquiera de los espectadores que abandonara su neutralidad de espectador y, esperando también algo, tomara cierta actitud que vamos a definir. Por lo pronto lo fueron muchos egológicos y lo fueron todos los antiegológicos. A los egológicos los movería la explicable vivencia de su verdad; a los antiegológicos, el no menos explicable sentimiento de inferioridad que están viviendo con ansias de desquite; a los demás, acaso una tornasolada emoción de nacionalidad. No importa; para lo que quiero decir es lo mismo. Parece vago y literario este planteamiento; pero ya se verá que no lo es cuando, con nitidez total, definamos al tercer protagonista por su propio problema.

He aquí tres cosas diversas:

1) La imagen de Kelsen acerca de la Teoría Pura.

2) La imagen de la Teoría Egológica acerca de la Teoría Pura.

3) La imagen de Kelsen acerca de la Teoría Egológica.

El problema de Kelsen, según vimos, se constituyó, ganando en dimensiones como las ondas concéntricas que produce un proyectil en un estanque, a partir de la imagen kelseniana de la Teoría Pura. El problema de la Teoría Egológica estaba constituído a partir de la imagen egológica de la Teoría Pura. Pero ¿qué imagen podía tener Kelsen acerca de la Teoría Egológica? Esto vino a constituir el núcleo del problema del tercer protagonista. De ahí es que el tercer protagonista también tuviera que esperar algo de la visita de Kelsen: Si se movía con simpatía egológica, entonces, además de la absorción de la Teoría Pura por la Teoría Egológica, habría de esperar la conversión de Kelsen a la egología. En cambio, si se movía con antipatía egológica, habría de esperar la fulminación o el aplastamiento de la Teoría Egológica por parte del maestro.

Que aquel tercer protagonista desplazaba así el problema que la Teoría Egológica tenía en trámite con Kelsen, ya lo hemos visto. Que su esperanza de una conversión de Kelsen, a una egología fragmentariamente conocida, denotaba un exceso de juvenil optimismo y un desconocimiento de cómo configura nuestra alma nuestra propia vida pasada, parece cosa evidente. Pero más evidente todavía es que la esperanza del otro tercer protagonista carecía de todo asidero, porque el criterio de autoridad nada puede decidir acerca de la verdad. Sólo la investigación metódica rigurosa es argumento en este punto, y esto, de modo inexcusable.

Sin embargo, ha de reconocerse que, desde el punto de vista de nuestra plena personalidad de estudiosos, tal como ella toma sentido de su auténtico destino, los problemas del tercer protagonista eran los fundamentales. Y como estos problemas han cuajado en discrepancias y cuestiones pendientes, corresponde ahora ex-

ponerlas para que cada cual haga el balance que anda buscandado por sí mismo.

5. LAS DISCREPANCIAS PENDIENTES. El ámbito del diálogo que Kelsen nos venía a ofrecer fué dibujado anticipadamente por mí en el artículo que publiqué en *La Ley* del 31 de diciembre de 1948, a que ya he hecho referencia, sobre la base de tres puntos como orden del día: El primero concernía al axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido El segundo concernía al valor de Lógica jurídica formal que tiene la Teoría Pura *stricto sensu*. El tercero incumbe a la conducta como ontología jurídica y a las diferentes pretensiones ontológicas que da por resueltas la Teoría Pura del Derecho en sentido amplio.[e]

El primero y el segundo de estos problemas han perdido su tensión en este episodio desde que, con las respuestas de Kelsen sobre los mismos, aparecen hoy como concordancias de pensamiento. En cambio, el tercero aumentó en volumen y tensión a medida que las conferencias de la Facultad y las pláticas privadas nos aproximaban a su sima. Hoy, a varias semanas de distancia, parece conveniente descomponerlo en tres o cuatro tópicos para que se pueda ver lo que el tercer protagonista desea ver.

a) LA INTUICIÓN DEL DERECHO. — *Las Tesis*. La Teoría Egológica sostiene que para tomar contacto con el Derecho y posesionárselo en cuanto objeto, basta una

(e) Que estos temas no han estado reflexivamente presentes en la anterior tematización kelseniana; que el Maestro viénes llega a ellos por la presión de la crítica; que lo constriñe a este planteamiento la Teoría Egológica por ser la primera que toma al conocimiento jurídico en los términos gnoseológicos de un sujeto cognoscente y un objeto conocido, preguntándose ¿cual es y qué es el objeto conocido?; que estas preguntas sólo tienen respuestas en plano ontológico, por mucho que esta palabra haya sido palabra prohibida en el vocabulario de Kelsen durante casi cuarenta años; todo esto está contenido en la alusión categórica de la pág. 44 relacionada con el contexto polémico de los temas en debate que traen las conferencias del ilustre Maestro. Pero en las conversaciones privadas aquellas cosas se plantearon sin eufemismos, en emocionante "fair play".

aprehensión intuitiva; que para ello no es necesario recurrir a ninguna norma ni dar ninguna intervención a lo normativo. El problema consiste en distinguir lo jurídico de lo ajurídico (no de lo antijurídico en el sentido de la ilicitud legal), deslindando el ámbito total del Derecho dentro del cual encontrarán su lugar todas y cada una de las configuraciones jurídicas, desde las facultades y prestaciones hasta los delitos y sanciones. El número 4, una piedra, un pájaro, una emoción, una estatua, una balada, un acto caritativo, una plegaria, son cosas ajurídicas; en cambio un arriendo o un robo son cosas jurídicas por igual, a pesar de sus opuestos signos de lícito e ilícito, en cuanto que en ambas está el Derecho del cuerpo presente; ellas, por eso, interesan directamente al Derecho. Así, pues, para la Teoría Egológica, el deslinde de este ámbito total del Derecho reclama necesariamente la intuición de lo jurídico y se basa en esta intuición.

Para Kelsen, en cambio, sin la norma no podemos encontrar el Derecho, porque el Derecho, en tanto que objeto, se constituye con la norma en cuanto que ésta pone en los sucesos naturales las referencias que se van a llamar jurídicas, en oposición a las referencias ajurídicas que puedan provenir de cualquier otra fuente.

Desarrollo de la tesis egológica. La Teoría Egológica parte de una fenomenología existencial de la cultura. Hube de exponerle a Kelsen estas ideas la tarde del 12 de agosto, tomando té a solas en el City Hotel, y luego, a su especial pedido, en el Plaza Hotel, la tarde del 14 de agosto, en cinco horas de plática que dedicamos exclusivamente a este objeto.

Cultura es todo lo que hace el hombre actuando según valoraciones; no sólo los productos que el hombre deja fabricados, como una silla o un soneto, sino que también, con frase de Romero, la actividad misma del hombre en cuanto no es puramente animal, como el martillar del carpintero, el nadar, el acto de caridad

o la apropiación de bienes ajenos. Esta dualidad se unifica como vida humana plenaria en oposición a la vida biológica, no bien proyectemos el problema de la cultura en el plano existencial: haciendo una fenomenología existencial de la cultura; cultura, comprendiendo sus dos mitades, es sinónimo de vida humana plenaria. Así, el sentido que tenga una estatua, que es el ser de ella, es tan del hombre plenario como el que tenga un robo o la guardia de un boxeador. Por lo demás, la vida humana plenaria será llamada vida biográfica, vida histórica, vida social, vida artística, vida jurídica, vida religiosa, e incluso estilo romántico, estilo dórico, etc., según el acento que se quiera destacar con estas formas elípticas del decir.

Vida plenaria, pues, en oposición a vida biológica. Y vida plenaria, por lo tanto, como cultura; comprendiendo en su íntima unificación los dos aspectos de la cultura: el que como vida plenaria objetivada consta de los productos del hacer humano, que quedan subsistiendo con autonomía óntica respecto de su hacedor (objetos mundanales), y el que como vida plenaria viviente consta de los quehaceres actualizados inseparables de su hacedor (objetos egológicos). Es claro que, una vez colocados en uno u otro ámbito, la elipsis gramatical nos autoriza a hablar simplemente de vida plenaria en ambas hipótesis, de la misma manera que no acarrea confusión si decimos simplemente vida objetivada y vida viviente.[9] Por lo demás, cualquier *modo* de la vida

[9] La multiplicidad de nombres con que un filósofo expresa su tema, cuando hay entre ellos una íntima unidad, lejos de ser un reproche que se le puede hacer es una fortuna, porque con unos destaca aspectos que los otros no destacan, y viceversa. A Bergson se le reprochó la variedad de cosas a que aludía con su intuición; pero su respuesta fué ejemplar: "Que no se nos pida pues, de la intuición una definición simple y geométrica. Sería muy fácil mostrar que tomamos la palabra en acepciones que no se deducen matemáticamente las unas de las otras... De lo que no es reconstituíble por medio de componentes conocidos, de la cosa que no ha sido recortada en el todo de la realidad por el entendimiento, ni por el sentido común ni por el lenguaje, no se puede dar una idea más que tomando sobre ella perspectivas múltiples, complementarias y no equivalen-

plenaria es susceptible de las dos tónicas heideggerianas, la de la vida auténtica y la de la vida decaída. Es una injustificada estrechez filosófica querer ver el Derecho únicamente como vida plenaria decaída y querer constreñir a la Teoría Egológica a que así lo vea; esto haría imposible toda metafísica de la justicia. Es claro que la autenticidad de la justicia no nos descubre la misma cosa que la autenticidad de la angustia religiosa; pero una cosa es el juez que, por haraganería, falla a la ligera un caso, ateniéndose a lo que ya se ha fallado en otros más o menos parecidos (este juez sería uno entre tantos), y otra muy diferente es el juez que por fallar a sabiendas, contrariando las instrucciones de un déspota, pierde su cargo y queda en la miseria.[10]

Este juez es un *temerario,* no uno entre tantos; pero como dice Heidegger, "esto se produce sólo cuando *hay algo a que ofrecer la vida* con objeto de asegurar a la existencia la suprema grandeza".

La fenomenología existencial de la cultura nos lleva firmemente a comprender que, si bien la vida biológica es Naturaleza, el hombre no es Naturaleza, porque es vida plenaria. Como Naturaleza el hombre es vida biológica, pero como hombre de verdad es otra cosa mucho más radical y primaria. Es un puro prejuicio de una filosofía superada creer que realidad y Naturaleza son términos sinónimos o que lo único realmente real sea la Naturaleza, porque no se puede dudar de la realidad de un automóvil, de una estatua, de una balada, de una condena condicional, de un crédito, nada

tes... Hay, sin embargo, un sentido fundamental: pensar intuitivamente es pensar en duración" (*La Pensée et le Mouvant,* págs. 37 y 38, París, 1934, edic. Alcan). Pero que no nos perturbe la cita, porque nosotros hablamos de la intuición jurídica en un sentido preciso que se verá más adelante.

10 Larga explicación recibe siempre este tópico en mi cátedra universitaria; pero está esbozado en mi trabajo *La sentencia criminal y la teoría jurídica,* publicado en *La Ley* en diciembre de 1940 y en los *Anales de la Facultad de Derecho de La Plata,* t. XIII, año 1942. Ver también HEIDEGGER: *¿Qué es Metafísica?,* pág. 31 (México, 1941, edic. Séneca), para la posibilidad de otras revelaciones del ente en total diversas de aquella de la angustia. Lo que luego se transcribe es de la pág. 47 de esta obra.

de lo cual es Naturaleza. Sólo los objetos ideales en su intemporalidad, como las esencias, los números, los conceptos o significaciones como tales, son irreales; para ellos su peculiar existencia se agota en su esencia.

A su vez, para comprender la peculiar realidad de los objetos culturales, que incuestionablemente son realmente reales, hay que advertir que, por estructura esencial, consisten de un sustrato perceptible y de un sentido espiritual indisolublemente compenetrados en una unidad dialéctica, es decir, que comprendemos el sustrato por su sentido y comprendemos el sentido en su sustrato: se pasa por interpretación desde la exteriorización perceptible del sustrato al sentido inmanente que lo vivifica con vida plenaria. Esto justifica la frase de Dilthey: "Explicamos la Naturaleza, comprendemos la Cultura". Esto lo experimentamos todos los días cuando a un mojón no lo llamamos piedra, cuando a un riel no lo llamamos hierro, cuando a una sonata no la llamamos sonido, cuando a un hombre aprisionado no lo determinamos por el lugar que ocupa en el espacio de acuerdo a un sistema de coordenadas geométricas. Pero hay que insistir. El sentido de un objeto cultural no es el efecto psicológico que causalmente nos producen esos fragmentos de la Naturaleza que son su sustrato, aunque eso también le toque ser: sustrato y sentido están en una relación de compenetración que se capta en ese acto gnoseológico primario que es la comprensión. Por eso la Teoría Egológica no dice que los objetos culturales *tienen* un sentido, cual si existieran objetos naturales a los que les llega desde fuera el añadido de un sentido sustante que no sé qué podría ser independientemente. La Teoría Egológica dice que los objetos culturales *son* sendos sentidos; su ser es ser un sentido, es decir, su ser consiste en existir: se trata de sentidos existentes y ex-sistentes cual es la entidad de la vida plenaria en general.

Ahora bien, la Teoría Egológica no duda que el Derecho es cultura, que es algo que el hombre hace actuando según valoraciones, por lo tanto, no duda de la realidad del Derecho. Por eso ha dicho siempre que la Ciencia Dogmática es una ciencia de realidades. Pero ¿en cuál de las dos mitades de la cultura, en tanto que ésta es vida plenaria, está el Derecho? Esas dos mitades, la de la vida objetivada y la de la vida viviente, han sido deslindadas por la Teoría Egológica en atención al sustrato perceptible del objeto cultural; en aquel caso, el sustrato es una porción de Naturaleza (objetos mundanales); en este caso el sustrato es la propia vida del hombre plenario y no ya su mero organismo biológico, destacando con esto que en el sustrato está el inseparable *ego* actuante de toda acción humana; de ahí la denominación epónima; de ahí que el objeto egológico sea un sinónimo de la conducta como conducta hecha objeto de conocimiento. La pregunta formulada tiene ahora fácil respuesta: el Derecho no es vida humana objetivada porque puestos a señalar su sustrato perceptible no lo encontraremos en ninguna porción de la Naturaleza. El Derecho es conducta, vida humana viviente, objeto egológico.

Sin embargo, hay una estrechez de apreciación circulante en conexión con esto, que nos obliga a insistir en el punto. La caótica heterogeneidad de las doctrinas sobre el ser del Derecho, lo ha señalado en cosas tan dispares, que no era posible, a la Teoría Egológica, tomar partido precipitadamente. Para orientar su pesquisa inicial, la Teoría Egológica tomó como punto de partida el acto jurisdiccional, pues entre los infinitos hechos del mundo, si hay alguno que impone por antonomasia su calidad jurídica, es la decisión judicial. En esto están de acuerdo las doctrinas más heterogéneas con privilegiada unanimidad. El caso conviene igual al Derecho moderno que al Derecho primitivo, el que por cierto, no carece de órganos jurisdiccio-

nales, aunque éstos no sean jueces profesionales como en la vida civilizada. La Teoría Egológica, lanzada a la búsqueda de un hecho jurídico indubitable, se sintió en la más firme posición al detenerse en la sentencia judicial. Por eso es que, metódicamente, procedió comenzando con una fenomenología de la sentencia. No es que, para el caso, no hubiera podido servir lo mismo cualquier otro fenómeno de conducta, pues precisamente lo contrario hace ver la Teoría Egológica. Ni es que ésta crea que la Filosofía del Derecho se limita a la interpretación judicial, aunque, sí, allí confluyan con peculiar dramatismo todos los problemas jusfilosóficos. Ha elegido ese punto de partida sólo para evitar una discusión superfetada.

Sobre estas bases, el diálogo con Kelsen llegó a su punto crucial de esta manera: se trataba, ya, de ver cómo la intuición jurídica deslindaba, por sí sola, el ámbito total del Derecho y cuál era esta intuición definitoria. Mi exposición rezó así:

Tomemos a consideración, desnudamente como dato, un acto de conducta cualquiera; por ejemplo: yo tomo un libro y lo traslado de un punto a otro de esta mesa. Lo que nos está dado como dato, es decir, lo que escuetamente hay, es la transportación del libro de un lado a otro, que acabo de hacer. Ahora bien, como una primera aprehensión intuitiva del dato, puedo limitarme a considerar la transportación del libro en el mero y simple hacer mío que ella es: considerar el hacer en sí mismo en cuanto es transportación, y nada más. Sobre esta base, al concebir lo dado, puedo obtener únicamente un conocimiento físico integrante de la Naturaleza, ya como narración del movimiento, ya como explicación. Mi acción, así considerada, es Naturaleza, tanto como el vuelo de un pájaro o la traslación terrestre.

Pero hay otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo. Considero ahora la transportación

del libro, no en mi bruto y mero hacer, sino en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado con lo que omito: el hacer y el omitir concomitante aparecen ahora a la vista en cuanto que dados en el dato; mi hacer —y la transportación del libro como hacer— es ahora un *poder hacer* con su irrenunciable e inmanente referencia a un *ego*, es decir, es libertad en presencia. Y bien se advierte la imposibilidad de ver a mi hacer como libertad, considerando solamente el hacer y prescindiendo de las omisiones concomitantes que integran el poder hacer. Esta es la consideración de la conducta en su interferencia subjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento moral cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente. Como se comprende, la Naturaleza, ni lo que hay de Naturaleza en el hombre, no admite esta consideración.

Pero cabe todavía otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo, también en cuanto es libertad. Como la existencia humana es coexistencial, considero ahora la transportación del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide. El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen a la vista, ahora también, en cuanto que dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y la transportación del libro como hacer— ya no es visto como un hacer sólo mío, aunque sea yo quien transporta el libro, sino que es visto como un hacer compartido, es decir, como un hacer nuestro único, porque si bien yo transporto el libro, el otro permite que lo transporte (lo mismo valdría si lo impidiera), todo lo cual está dado en el dato. Esta es la consideración de la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente. Así queda deslindado in-

tuitivamente el ámbito total del Derecho sin haber recurrido a ninguna norma. Pero dos reflexiones más han de agregarse.

PRIMERA REFLEXIÓN. — Acabo de referirme a la intuición ónticamente definitoria del Derecho como objeto de un conocimiento; es su visión óntica con intuición sensible; podríamos transponerla en visión ontológica con intuición emocional y hablar de los valores jurídicos, pero esto no es necesario a los fines de este balance. Ha de notarse, sin embargo, que en ella he hablado de "intersubjetividad" e importa no confundir la significación precisa de este vocablo fundamental, ya que tiene un uso plural.

Se habla de la intersubjetividad trascendental del conocimiento para referirse a su objetividad, en cuanto que algo es como es *para un yo y también para los otros yo*; pero este no es nuestro asunto. Se habla también, con la larga tradición greco-escolástica, de intersubjetividad como relación de alteridad, contemplando el problema del *destinatario o beneficiario* de una acción humana cuando este destinatario es otra persona que el sujeto actuante; y así se encuadra el ámbito de los deberes para con los demás, diferente de los ámbitos de los deberes para con uno mismo y para con Dios, donde el Derecho figuraría a la par de la caridad, de la amistad, etcétera. Pero ésta no es la intersubjetividad o alteridad jurídica que utiliza la Teoría Egológica, porque aquélla computa la situación de dos personas a las que les sobreviene la relación finalista de agente y destinatario, que vincula, sí, a ambas personas, pero dejando independientes los comportamientos de cada una, los cuales no son contemplados en relación ni puestos *en unidad*. En cambio, la intersubjetividad que define la Teoría Egológica como auténtica alteridad jurídica, se refiere a la intersubjetividad del comportamiento mismo según la cual éste

resulta un hacer compartido, es decir, donde el acto de alguien, en cuanto está o impedido o permitido por otro, resulta ser un acto conjunto de ambos. Así, la caridad carece de intersubjetividad jurídica porque al hacer del sujeto caritativo lo comprendemos íntegramente como tal, considerando únicamente su acción coordinada a sus omisiones concomitantes, con entera prescindencia de la actitud que tome el sujeto destinatario de la limosna; actitud de este último, independiente de la de aquél, que no se unifica con la de aquél y por cuya razón la acción caritativa no puede ser vista como una acción conjunta de ambos. En cambio, no bien apuntáramos al derecho de hacer caridad que tiene el sujeto caritativo, veríamos que esto significa que no puede ser impedido por el sujeto destinatario ni por ningún otro, resultando que la acción que tiene lugar, es de él, que la hace, y al propio tiempo también de los otros, en cuanto no la impiden. Y el hecho ocurrente de conducta se presentaría, lo mismo, como acción conjunta o comportamiento compartido, en el caso contrario de que fuera impedido, porque la intersubjetividad a que alude la Teoría Egológica para definir ónticamente el Derecho, no se refiere exclusivamente al impedir, sino al impedir y al permitir a la vez; es decir, a la acción humana desde el punto de vista de su impedibilidad.

Segunda reflexión. — Con esta intuición queda deslindado el ámbito total de lo jurídico y determinado el objeto específico de la ciencia jurídica. Es verdad que con esta sola intuición no puedo saber si el acto de conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción; y que para saberlo necesito de la norma. Es verdad también que el Derecho, en la experiencia, no puede aparecer nunca a secas, determinado como Derecho y nada más, sino que aparece de alguna de aquellas cuatro maneras; de modo que

aparece siempre de alguna forma como norma, ya que sin la norma no podríamos lograr ninguna de estas cuatro determinaciones. Pero esto no autoriza a creer que se hace inútil lo dado por la intuición jurídica, porque, al revés, la norma tiene que actuar sobre una intuición adecuada. La norma no aparece como el elemento fundante, según cree Kelsen, sino como un elemento fundado, pues si bien sin la norma no puedo saber si este acto es prestación y no entuerto o facultad o sanción, en cambio, sé muy bien sin ella que, en cuanto conducta en interferencia intersubjetiva, alguna de esas cuatro cosas tiene que ser por mucho que no pueda determinar cuál. O para decirlo más brevemente, por remisión al axioma de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido: me basta la conducta humana en interferencia intersubjetiva, para saber apodícticamente que sobre ella procede el juicio de licitud o ilicitud. Aunque todavía no sepa cuál de estas calificaciones es la que corresponde, sé con certeza que alguna de ellas cabe, porque no estoy sobre un dato ajurídico. Pasa aquí, al apreciar el primado del dato intuitivo y el papel de la norma con que quiere desalojarlo el filósofo racionalista, algo análogo a lo siguiente: los vertebrados son siempre este perro, aquella gallina, aquel elefante, etcétera. Pero no debo confundir lo que necesito saber para conocer que esto es un perro, y no una gallina ni un elefante, con lo que necesito saber para conocer lo que es un vertebrado. Esto último (al igual que la determinación del objeto Derecho) es lo fundante en el conocimiento de lo primero, porque la determinación del ser gallina, o perro, o elefante (y paralelamente la determinación del ser facultad, prestación, entuerto o sanción) recae en el ámbito previo y constituído por aparte del ser vertebrado (o del ser Derecho como distinto de todo lo ajurídico).

Todavía queda por aclarar el papel de la norma. Con ser un concepto —y precisamente el concepto apto para mentar la conducta como conducta—, la Teoría Egológica siempre ha dicho que este concepto integra el propio objeto que mienta, de modo que la norma resulta inmanente, como sentido, a la conducta. A esto acabamos de aludir cuando se ha dicho que, de alguna manera, el Derecho aparece siempre como norma en cuanto que siempre, en la experiencia, aparece determinado como facultad, prestación, entuerto o sanción, y ya que sin la norma no podríamos lograr ninguna de estas determinaciones. Pero la aclaración del papel de la norma ocupará la segunda discrepancia pendiente con Kelsen. Por ahora basta concluir señalando que el Derecho como objeto ha quedado patentizado como conducta en interferencia intersubjetiva y que esto se ha logrado mediante una pura intuición eidética de su faz óntica, sin recurrir para nada a normas de ninguna clase. Le hice a Kelsen la siguiente consideración confirmatoria, cuyo valor sugestivo lo impresionó grandemente: cuando fueron los aviones alemanes, en 1914, a bombardear París, trasladaron la Venus de Milo al sótano del Louvre, cubierta de bolsas de arena, para protegerla de las bombas; y así con todo el tesoro artístico del gran museo. ¿Por qué no se podía proteger de la misma manera el derecho francés, siendo también una realidad cultural? La respuesta es sólo una: porque en la conducta de los franceses estaba el derecho francés en presencia intrasladable.

Qué objetó Kelsen. — La precedente exposición, como es de imaginarse, no transcurrió como un monólogo. Por el contrario, las estrepadas kelsenianas entrecortábanla constantemente en un candente tono de cordial vehemencia. De ahí que deba reconstruir en forma dialogada el contenido substancial de aquella tarde tan grata para mi espíritu.

KELSEN. — La Teoría Egológica tiene un punto de partida metafísico y yo rechazo toda metafísica. Usted me habla de la libertad como de algo real y existente, y eso es hablarme de un ente metafísico en el que yo no creo ni puedo aceptar. La ciencia no conoce ese ente. Recuerdo una anécdota atribuída a Laplace, quien, llamado por el Rey de Francia para que le expusiera su sistema y habiendo preguntado el Rey, al final, "Y allí, ¿dónde está Dios?", contestó: "Señor, para hacer mi sistema no he necesitado de esa hipótesis". Así yo he tratado de hacer la teoría del Derecho sin recurrir a la hipótesis metafísica de la libertad.

COSSIO. — Sólo la ciencia natural no conoce ese algo que es la libertad, porque la libertad no está en ese ámbito; pero la conocen el hombre plenario, la cultura, la historia. Es un concepto muy estrecho de ciencia querer reducir la cientificidad a la ciencia natural. Usted mismo habla de una ciencia del Derecho que no es una ciencia natural. No podemos negar la libertad frente a los actuales resultados de la analítica del tiempo espiritual; y la historia, que se nos impone como un hecho, la acredita intergiversablemente con la sola consideración de que el hombre es el único animal que tiene historia.

KELSEN. — Nunca he visto claridad en eso del tiempo espiritual. Tampoco en la filosofía de la cultura. Hace más de veinte años que escribí un trabajo criticando a Rickert y desde entonces el asunto no me ha atraído.

COSSIO. — Es que la filosofía de la cultura es Rickert, pero no sólo Rickert; también es Dilthey, Bergson, Husserl, Scheler, Heidegger, Ortega y Gasset.

KELSEN. — Todos metafísicos, y ya le he dicho que rechazo la metafísica. No creo en la libertad como ente real y existente. El mundo se presenta como un determinismo total, sin ningún lugar de excepción; y el problema es construir la teoría del Derecho sin recurrir a la hipótesis metafísica de la libertad.

Cossio. — Pero así, usted no elude la metafísica; simplemente reemplaza una metafísica por otra: la de la libertad por la del determinismo. Aristóteles, en frase que se le atribuye, tenía razón cuando dijo: "Para ser metafísico, es necesario hacer metafísica; para no serlo, es necesario todavía hacerla; de todas maneras es necesario hacer metafísica". En este caso lo más plausible es enraizar el problema jurídico en la mejor metafísica, pero no quedar en una actitud pretemática a ese respecto. Su ciencia del Derecho no es una ciencia natural, y usted se ve por ello forzado a hablar también de la libertad.

Kelsen. — Sí, hablo de la libertad; pero yo doy a este problema una solución racionalista compatible con el determinismo; mi solución está en antítesis con su solución metafísica, que quiere hacer del hombre un lugar de excepción dentro del Cosmos. Yo no digo que damos normas porque *hay* libertad, sino más vale al revés, que *hablamos* de libertad cuando damos normas a pesar del curso absolutamente determinado de los actos humanos.[f]

Cossio. — Esto es una solución verbal, no es la solución del problema. Su solución legitima muy bien una nueva acepción de injerto en el vocablo libertad; pero usted se equivoca cuando cree que es la solución de un viejo problema mal planteado, pues usted escamotea los hechos sobre los que ese problema está bien asentado, aunque estuviere mal planteado. Reconocer la existencia de ciertos hechos no es ninguna cuestión que nos diga en qué consiste un método, ni viceversa. Su solución no puede explicar de cómo sólo el hombre tiene propiamente historia, resultando que mi espíritu, que nace con la edad de su tiempo, es tributario de las generaciones pasadas; y esto es un hecho. Ni por qué sólo el hombre cocina sus alimentos, fabrica

(f) Véase en el cap. I, 8, la exposición kelseniana de esta noción de la libertad. Es de notar que al finalizar el cap. I, 7, Kelsen ha consignado correctamente que "el autor es una parte integrante del acto, en tanto que conducta humana". Sin embargo, a pesar de esta referencia a la personalidad, no se ocupa de aclarar qué significa para él el sustantivo "autor". En esta forma pretemática deja escapar el problema de la libertad en tanto que se refiere a la diferencia que existe entre el hombre y el resto de los entes del Universo.

herramientas y hace versos, creando en todo ello donde no lo había; y esto también es un hecho. A estos hechos se ha llamado y llamamos libertad y sobre su existencia nada explica la solución suya. Por el contrario, se desenvuelve sin hacerse cargo de que su temporalidad es una temporalidad espiritual o existencial. Con su solución usted explica, a lo más, un uso terminológico existente, pero presuponiendo que la mención que pretende hacer el vocablo es una ilusión y presuponiendo que el problema de la realidad de la libertad está resuelto negativamente por el determinismo de la ciencia natural. Con ello usted subordina a la ciencia física un presupuesto del Derecho que el jurista debiera estudiar por propia cuenta, de tal manera que, por esta aceptación foránea de una autoridad científica incompetente (ya que la Física no tiene cómo encontrar en su ámbito a la libertad), usted viene a quedar en una situación pretemática respecto a la autenticidad del Derecho.

KELSEN. — Pero ¿qué ganamos con esta hipótesis de la libertad como algo real y existente? Me dice usted que así se salva la cultura. Pero yo soy jurista y no teorizo la cultura; a mí me interesa el Derecho. Y yo le pregunto: ¿acaso su largo desarrollo nos ha servido para llegar a hablar algo del Derecho como juristas? No.

COSSIO. — Para hablar, que es tanto como pensar acerca de él, no. Pero para verlo, sí. Con la intuición jurídica yo no pretendo hablar sobre el Derecho, sino encontrarlo y ponérmelo por delante; para hablar de él necesito ya de la norma, no olvidando, eso sí, que todo lo que mi pensamiento afirme ha de encontrar su verificación en los hechos. Y si esto no lo saco de la intuición, no lo podré sacar de ninguna otra parte.

CÓMO SE DEFENDIÓ KELSEN. — Apreciará el lector que la objeción de Kelsen incidía monocordemente en un solo punto: la existencia real de la libertad. Y no podía ser de otra manera, porque allí se jugaba en su raíz la tesis egológica de la intuición del Derecho. Pero

no iba a suceder que sólo Kelsen atacara la tesis egológica; también le tocó el turno de escuchar mi ataque a su adversa tesis. A este propósito, el diálogo prosiguió así:

KELSEN. — Es cierto, como usted dice, que yo hablo de una ciencia jurídica que no es una ciencia de la Naturaleza; pero esto es posible, sin afectar el determinismo de la Naturaleza creándole un lugar de excepción, porque me limito a cambiar el nexo lógico de la proposición: para la Naturaleza el verbo ser y para el Derecho el verbo deber ser. Esto es muy sencillo y mucho más simple que toda su construcción con un punto de partida metafísico.

COSSIO. — A mí no me interesa la sencillez, sino la verdad; yo necesito ver que su tesis tenga confirmación empírica. El conocimiento es sistemático y el sistema del conocimiento no consiste en deslindar una oposición como la de Derecho y Naturaleza, sino en ubicar al Derecho en armonía con la totalidad de las ramas del saber. ¿La Matemática y la Historia también conocen Naturaleza?

KELSEN. — Reconozco el problema, pero no salgamos del Derecho. La oposición entre norma y Naturaleza puede ser muy estrecha para lo que usted dice, pero es suficiente para explicar la constitución de la ciencia jurídica sin mengua del total determinismo de la realidad. En este sentido mi posición no puede ser más clara y sencilla: hablamos de libertad porque damos normas a pesar del curso causal de los acontecimientos: si a la ejecución de la sentencia que, de acuerdo a normas, ha dictado un juez condenando al reo a la pena capital, yo le quito las normas general e individual que la configuran, entonces me quedo con un puro hecho de la Naturaleza.

COSSIO. — No, señor; usted se queda con lo dado e intuíble, pero no con el mundo de átomos y electrones que es la Na-

turaleza de que hoy nos habla la Física; ni siquiera se quedaría con la Naturaleza de una Física menos moderna. La Naturaleza aparece sólo cuando a los datos se los categoriza y concibe bajo el nexo causal; se nos dirá así, que la corriente eléctrica es causa del fallecimiento del reo ejecutado, aunque, por cierto, la actuación causal no sea cosa de verse como algo dado, sino cosa a entenderse como algo afirmado. Usted presenta la oposición de norma y Naturaleza con un privilegio pretemático en favor de la Naturaleza, porque a ésta le está computando el apoyo de una intuición; cosa que no hace con la norma, porque la norma no es algo intuíble.(g) Pero usted olvida que aquel dato de su ejemplo, siendo conducta humana, tiene una triplicidad de intuiciones ónticas, de modo que si usted computara las dos intuiciones de la libertad fenoménica, desaparecería el privilegio que usted atribuye a la Naturaleza de ser el único último residuo fáctico del hombre como ente. Si su tesis fuera exacta, yo le pregunto por qué limita usted el juego de las normas a la conducta humana; por qué no se le ocurre darnos con verdad el sistema normativo de la caída de las hojas en otoño.(h)

KELSEN. — Para mí eso es imposible por definición.

(g) No se le escapa a Kelsen esta diferencia, como puede apreciarse por el párrafo de la pág. 52 que rehusa al conocimiento jurídico el fundarse en la observación. Pero se le ha escapado, sí, en forma racionalista y pretemática, la necesaria referencia a la intuición jurídica que reclama todo conocimiento de realidades.

(h) En el citado párrafo de la pág. 51 ensaya Kelsen una respuesta a esta cuestión, declarando la inutilidad de enunciar proposiciones normativas acerca de la Naturaleza porque las proposiciones normativas no se referirían a ninguna intuición. Sin embargo, él mismo señala en las págs. 15, 20, 21, 22, 50 y 51, el nexo constitutivo esencial que hay entre norma y voluntad: la conexión causal es independiente del acto de un ser humano o sobrehumano; la conexión normativo-jurídica se establece por un acto de personas humanas. Ahora bien, esta voluntad —que Kelsen rehusa de tematizar como libertad— no está tematizada por él de ninguna manera: si el acto de voluntad sólo fuera causación naturalística, Kelsen no podría apuntar como diferencia entre la conexión causal y la normativa que la segunda se establece por un acto de personas humanas, porque este acto no sería en nada diferente de aquellos sucesos independientes de los actos humanos. Queda, pues, en el aire, saber qué hace diferente a un acto humano, de los sucesos mecánicos de la Naturaleza. De todas maneras, es claro que Kelsen se ha remitido a los actos humanos; y éstos, por cierto, son susceptibles de intuición. Precisamente la tematización de este punto por la Teoría Egológica lleva a la afimación de que el ámbito de validez del deber ser lógico se establece por su correspondencia con la intuición de la conducta, según se lee en nuestro texto.

Cossio. — ¿Cómo por definición? ¿Qué quiere decir tal cosa?

Kelsen. — Sí, señor: por definición; es decir, porque yo he creado la cópula del deber ser, para que sea usada exclusivamente en relación con los actos creadores de normas que actualizan los órganos del Derecho; o sea para conocer estos actos y nada más. Cualquier otro uso que se le dé más allá de este limitado campo, ya no es Teoría Pura. Veo muy bien que la Teoría Egológica usa el deber ser con el mismo valor estrictamente lógico-formal que yo; pero extiende este uso mucho más allá de los límites que definen a la Teoría Pura. Y eso será Teoría Egológica, pero no es Teoría Pura.

Cossio. — No estoy satisfecho. Procediendo por definición cae usted en construccionismo, que es cosa artificiosa. Por definición, lo más que puede conseguir es hacer una teoría coherente consigo misma; pero esta coherencia no es ninguna garantía de que ella se corresponda con la realidad. En tal sentido, las definiciones pueden muy bien quedar en el aire. Con esto quedan separados, en forma irreductible su criterio y el mío; usted fija por definición el ámbito de validez del debe ser lógico; en cambio, la Teoría Egológica lo fija por su correspondencia con una intuición pura, que en este caso es la intuición de la libertad, en uno y otro de sus dos modos, según se trate del conocimiento moral o del jurídico. Por eso la Teoría Egológica avanza coherentemente hasta abarcar toda la conducta, pero se detiene ante la Naturaleza, que no confirmaría intuitivamente las normas con que quisiéramos mentarla.

Kelsen. — Siempre volvemos al mismo punto inicial que nos separa y donde está toda nuestra cuestión.

Cossio. — Sí. Pero todavía tiene usted que aclararme, dentro de su posición, qué clase de ser le asigna al Derecho; como objeto, ¿le parece que es un objeto ideal de tipo matemático, lógico u otro similar?

Kelsen. — No; indudablemente, no.

Cossio. — Entonces, siendo un objeto real, ¿tiene la realidad de la naturaleza o alguna otra?

Desgraciadamente, en este punto se interrumpió el diálogo, quedando pendiente una respuesta tan fundamental. Llegaba una visita, y la fatiga propicia, después de tantas horas de discusión, hizo el resto.[i]

Apostilla. — ¿El público de estudiosos deseaba que el balance de la visita de Kelsen exhibiera y computara las discrepancias con la Teoría Egológica? Pues ya sabe cuál es la primera y fundamental: el problema de la libertad existencial del hombre de carne y hueso, negado por Kelsen como una ilusión metafísica y sostenido por la Teoría Egológica sobre la base de su correspondiente intuición. Esto viene a significar que Kelsen fija por definición el ámbito de validez del deber ser lógico, por él descubierto, en tanto que la Teoría Egológica lo fija por su correspondencia con aquella intuición de la libertad. Toca a cada lector decidir sobre el peso de los argumentos.

Pero corresponde destacar, para poder saldar las cuentas, que esta discrepancia no es con la Teoría Pura, sino con Kelsen. Esta discrepancia no roza siquiera ninguno de los desarrollos temáticos con que Kelsen expone la pureza metódica, la teoría de la nor-

(i) El último párrafo del cap. II, 7, trae ahora la respuesta de Kelsen sobre este punto, con directa alusión a las locuciones egológicas: la existencia del Derecho es una locución figurada; la realidad jurídica es una expresión metafórica para nombrar la positividad del Derecho. Es tan deleznable esta salida que no es necesario comentarla, máxime cuando el propio Kelsen, en las líneas precedentes, igual que los egológicos, ha refundido la positividad y la eficacia del Derecho; la eficacia o vigencia, es decir el hecho de que los hombres se conducen en general como lo enuncian las normas. De todas maneras no es eludiendo la respuesta con un verbalismo que una pregunta inexcusable queda contestada. Y la pregunta no ofrece escapatoria: el objeto que conoce el jurista ¿es un objeto ideal como los números o es un objeto real del que tenemos experiencia por más que esta realidad sea muy diferente de la realidad de la Naturaleza, según ha sido una constante preocupación egológica el señalarlo? Es decir: el objeto que conoce el jurista, sea cual fuere, ¿es atemporal y no susceptible de intuición sensible o está sometido al tiempo y lo podemos intuir? A esto tiene Kelsen que poder contestar, sea o no sea metáfora lo de la realidad y la existencia del Derecho, porque se le exige que predique esas cosas del objeto, sea éste cual fuere. Su evasiva, pues, deja las cosas como estaban. Sólo denota que no sabe o no quiere afrontar el problema ontológico.

ma, la teoría del ordenamiento y los dualismos científicos del pensamiento jurídico, que es el contenido de la Teoría Pura *stricto sensu* y al cual se ajusta la imagen, también temática, que la Teoría Egológica tiene de la Teoría Pura. A nadie se le puede escapar que el valor lógico-formal del deber ser y de sus estructuras derivadas, no contiene en sí mismo un criterio acerca del ámbito donde puede jugar con legitimidad gnoseológica; y que esto último ha de ser motivo de una tematización propia. Es ésta la clave para entender esta primera discrepancia kelseniana, que viene a serlo no con la Teoría Pura, sino con la imagen pretemática que tiene Kelsen de la Teoría Pura. Pues Kelsen da por sentado que la Teoría Pura contiene respuesta para los problemas ontológicos del Derecho que no están por ella tematizados ni tratados, y cuelga de la Teoría Pura las discrepancias de él como si fueran discrepancias de la Teoría Pura. Tales son las pretensiones ontológicas injustificadas de la imagen pretemática que Kelsen tiene de la Teoría Pura, que la Teoría Egológica poda para restaurar a la Teoría Pura en una significación concorde con lo que en ella está tematizado.

b) NORMA Y REGLA DEL DERECHO. — *Las tesis.* Hay una diferencia notoria entre lo que hace el jurista en su hacer específico y lo que hace el órgano del Derecho (legislador, juez, etcétera), también en su hacer específico; por ejemplo: éste da un código civil y aquél da un tratado sobre ese mismo derecho civil. Según Kelsen, esta diferencia radica en que lo que hacen uno y otro, como objetos, son cosas de naturaleza diferente: el órgano prescribe un comportamiento, mientras que el jurista sólo describe lo prescrito por el órgano. El órgano emite juicios prescriptivos que son las normas, las cuales, en tanto que normas, son el objeto a conocer por la ciencia jurídica. El jurista, en cambio,

emite juicios descriptivos, que son las reglas de derecho, las cuales, en tanto que tales, son conocimiento de las normas y nada más. La norma que emite el órgano es una prescripción dirigida a nuestra voluntad, en tanto que la regla de derecho que emite el jurista es una información dirigida a nuestra inteligencia. Así, la distinción entre norma y regla de derecho nos explica en qué y por qué son diferentes el hecho de un órgano jurídico y el hecho del jurista.

Esta distinción, que no aflora como un objeto de investigación en ninguna parte de la obra del maestro en el lapso 1911 - 1945, aparece tematizada recién en 1945 en su *General Theory of Law and State.* Pero es sólo en las conferencias de Buenos Aires, frente al cotejo con el planteamiento egológico, que va a adquirir un rango decisivo para el pensamiento de Kelsen.[j]

La tesis egológica tacha de superflua aquella distinción entre norma y regla de derecho como cosas diferentes, porque tanto el órgano como el jurista, al pensar sobre el Derecho, que es conducta, lo hacen con normas: la conceptuación de ambos es igualmente normativa hasta la identidad; en este sentido, no producen nada diferente. Y remata el asunto, para señalar la diferencia que se busca, con la agudísima investigación egológica original de José M. Vilanova, quien destaca que para captar la diferencia entre el hacer específico del órgano y el del jurista, no hay que atender a la idéntica cosa que ambos hacen, sino *a quién la hace.* Pues siendo la norma un juicio del deber ser, como todo juicio, nos ofrece tres cosas a considerar: 1) La estructura de pensamiento en que el juicio consiste, cosa investigada por la Teoría Pura *stricto sensu*;

(j) Así como las conferencias de Buenos Aires darán motivo al jurista para hablar del imperativismo 1949 de Kelsen, según se verá más adelante, así también es en estas conferencias, como lo expresa Kelsen en la pág. 44, donde su reciente distinción entre norma y regla de derecho —expuesta en el cap. II, 5— adquiere para él toda su importancia, porque es recién en Buenos Aires que Kelsen quiere resolver expresamente con ella el problema ontológico del Derecho que la Teoría Egológica le ha arrojado polémicamente en el camino.

2) El objeto de conocimiento mentado por este pensamiento normativo, cosa investigada ya por la Teoría Egológica al afirmar que lo es la conducta en su interferencia intersubjetiva; y 3) El sujeto que emite el juicio, donde radica la mencionada diferencia a tenor de lo siguiente: si el sujeto que emite la norma es la Comunidad (por eso se habla de un *órgano*: legislador, juez, contratante, testador, etc.), ocurre que las normas que salen de la mente del órgano se presentan como vigentes o eficaces en sí mismas, en cuanto que la mención intencional de tales normas toma contacto de algún modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho. En cambio, si el sujeto que emite la norma es un simple individuo (jurista), ocurre que las normas que salen de la mente del jurista, a la inversa, toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación.

Para la Teoría Egológica, pues, la notoria diferencia que hay entre el hacer de un órgano jurídico y el hacer de un jurista, no corresponde a la distinción kelseniana entre norma y regla de Derecho, sino que corresponde a cómo aparece el problema de la positividad o eficacia de las normas en el caso del uno y del otro, de modo que para señalar aquella diferencia le basta determinar quién es el sujeto que enuncia la norma.

Desarrollo de la tesis egológica. — La Teoría Egológica ha presentado, desde su primera hora, el asunto trascendental de la relación entre norma y conducta, como siendo la relación gnoseológica entre concepto y objeto; es decir, como siendo la relación de mención significativa que hace el pensamiento acerca de algo y respecto de lo cual ha de esperarse una confirmación o una decepción intuitivas para hablar de la verdad jurídica o del error como juristas. La rela-

ción entre norma y conducta así planteada es el tema central de la Lógica jurídica trascendental, y en ella la Teoría Egológica ha tematizado el problema de la positividad, vigencia o eficacia del Derecho como problema dogmático. Así como el concepto "sol" mienta al sol sin necesidad de tenerlo a la vista, aunque la visión del sol tenga que confirmar nuestras menciones si de él hablamos con verdad, así también la norma mienta la conducta en su libertad, en esa libertad de cuya intuición ya hemos hablado.

Según la Teoría Egológica, la norma, como juicio del deber ser sobre la conducta efectiva, es el único concepto adecuado para mentar la conducta mentándola en su fluyente libertad. Esta es la peculiar aptitud del verbo deber ser, pues la libertad fenoménica en su presencia bruta y óntico existir, de la cual tenemos una intuición sensible, no es un mero "poder ser" recortado y desnudo según antes presentamos el problema para no complicarlo inoportunamente, sino que, por estar dándose en el tiempo existencial, es un poder ser dirigido o proyectado en el proyecto vital del futuro inmediato con el que articulamos nuestra propia vida humana; es decir, que es siempre un poder ser con tendencia hacia algo y por lo cual —por esta tendencia temporal a un ineludible algo— la libertad, en su existencia bruta, queda mejor caracterizada como un mero deber ser existencial. El deber ser lógico es, pues, ónticamente, el concepto adecuado para mentar el deber ser existencial.

Pero la norma juega egológicamente un doble papel. Por un lado, es esta mención conceptual de la conducta que acabo de decir, y en la cual, por cierto, van comprendidas la mención del sustrato y la mención del sentido de la conducta en cuestión, en su unidad cultural. Por otro lado, la norma forma parte del sentido del objeto que ella misma mienta, que es un sentido conceptualizado, con lo cual la norma integra el

objeto del que ella misma hace mención. Esta situación paradojal es claramente explicable no bien se advierte que el objeto mentado, por ser un objeto egológico, es también un sujeto, de modo que, ateniéndonos a la mera descripción del dato, observamos que se desarrolla esta situación: La norma mienta un sustrato de conducta, y, respecto de este sustrato su papel termina en mención, porque la existencia de este sustrato es independiente y diferente de la existencia de la mención. Pero la norma también mienta un sentido de conducta, y como la existencia de este sentido emocional va dada por el sujeto cognoscente, cada vez que revive el sentido al comprender la conducta en cuestión, la existencia del sentido no va a resultar independiente de la mención normativa cuya existencia también está dada por la vivencia del sujeto cognoscente, y precisamente en el mismo acto de conocimiento comprensivo de la conducta. Se trata, en suma, de que el sentido de la conducta jurídica, por ser un sentido mentado por la norma, es un sentido conceptualizado y de que tiene que ser re-creado en una vivencia tal cual es, es decir, con esa calidad de ser sentido *mentado,* y al vivenciárselo así la norma queda integrando el propio objeto de que ella hace mención. Por eso la comprensión jurídica no es libremente emocional, sino conceptualmente emocional, y en eso está el fundamento óntico de que el juez no pueda crear derecho fuera de los márgenes legales, sino con vivencia de contradicción.

En este desarrollo, que nos muestra a la norma jurídica integrando, como sentido, en forma inmanente, la conducta por ella misma mentada, la Teoría Egológica no ha hecho nada más que desarrollar, con patente propia, el problema de la Lógica, tal como lo replantea la filosofía existencial. En efecto: la Lógica aparecía como útil para la ciencia en cuanto que la ciencia es un saber conceptual, y sobre esta base la Ló-

gica ha tematizado el valor *esquemático* de los conceptos que así, como esquemas siempre más o menos vacíos y fijos, se interponen por delante de la realidad fluyente para mentarla y apresarla científicamente. Pero la nueva Lógica destaca que, a mayor profundidad, los conceptos son útiles para la vida humana, porque la ciencia, a su vez, sólo es un modo de esa vida, con lo cual exige que se destaque y tematice, a la par del valor esquemático de los conceptos, su valor *impletivo,* es decir, su conjunción con la situación concreta en que el hombre esté situado en la medida en que un concepto, además de ser una mención esquemática del conocimiento, es una actividad funcional del hombre mismo: el concepto que para la ciencia vale *instrumentalmente,* describe, además, siempre fuerzas *históricas,* precisamente aquellas de la situación que el hombre está viviendo, y aunque sólo fuera la efímera historia de su instante.[11]

Y bien: la Teoría Egológica ha insistido en largas páginas acerca de la identidad entre juicio y concepto.[12] Destacando que en esto se parte de la comprensión preontológica del ser, ha notado que "el concepto tiene dos caras, según se mire hacia dentro o hacia afuera de la significación en que él consiste: el concepto como pensamiento y el mismo concepto como conocimiento. Por lo primero, esto es, como estructura del pensamiento mismo, es un juicio; por lo segundo, esto es, como mención intelectual de algo, es una significación. El juicio para el conocimiento (Gnoseología) es un concepto. El concepto para el pensamiento (Lógica formal) es un juicio". Y ya se advierte que si la norma es el concepto del deber ser, su papel como mención esquemática de la conducta cae del lado instrumental

[11] Sobre esto puede verse MANUEL GRANELL: *Lógica,* págs. 443 a 452, Madrid, 1949, ed. Revista de Occidente.

[12] Entre otros lugares, ver COSSIO: *La Teoría Egológica del Derecho* págs. 141 a 145. Buenos Aires, 1944, ed. Losada. Lo transcrito es de la pág. 140.

del conocimiento científico; pero del otro lado, como ese *acto* lógico-formal que llamamos juicio, aparte de su intrínseca estructura, la norma involucra ese valor impletivo funcional que describe fuerzas históricas y que, como la historia del caso, la hace integrar el sentido de la conducta por ella misma mentada.

Sobre estos desarrollos egológicos, y recordando que el Derecho es un fenómeno de la Comunidad, porque la conducta en interferencia intersubjetiva traduce —y sólo ella— la dimensión coexistencial del obrar humano en sí mismo considerado (siendo la existencia humana, coexistencia, el comportamiento en sí no podría, como excepción, carecer de una visión coexistencial) sobre estos desarrollos, decía, la investigación egológica original de José M. Vilanova podía dar amplia explicación de la verdadera diferencia que existe entre el hacer del órgano de Derecho y el hacer del jurista, entre un código civil y un tratado de derecho civil, o entre una sentencia y el comentario jurídico de la misma, diciendo así: 1º Como el objeto egológico, que es motivo del conocimiento jurídico, también es un sujeto, la misma representación jurídica que haga el sujeto cognoscente (el jurista) tenemos que encontrarla en el sujeto conocido *cuando éste se pone en la tarea de conocerse jurídicamente a sí mismo,* que es lo que ocurre cuando la Comunidad, por conducto de sus órganos, se norma. Lo que el jurista y el órgano hacen no son, pues, cosas de diferente naturaleza: ambos conocen conducta, teniéndola que pensar normativamente para que el conocimiento sea adecuado. 2º En esta existencia comunitaria, eficaz por sí misma en cuanto que es un hecho (y los hechos no reclaman otra justificación que su existencia), se funda la validez normativa del Derecho que meramente expresa con adecuación aquella existencia o vigencia, como lo comprueba el indiscutido Principio de Efectividad cuando verifica que el jurista no tiene por Derecho válido al

que no presenta un mínimo de eficacia. Y la validez mental de lo normativo puede estar fundada en aquella eficacia fáctica de lo vigente, porque el hecho u objeto a conocer, siendo de naturaleza egológica, es un hombre o sujeto, vale decir, *un objeto pensante* de acuerdo con los fundamentos dados más arriba. 3º La diferencia que se busca no es la de norma y regla de derecho que expone Kelsen, sino la de norma en sí misma o directamente positiva y norma positiva a secas. Pues las normas que salen de la mente del órgano se *presentan* como vigentes o eficaces en sí mismas —y aunque en verdad no lo fueran, como ocurre si nacen muertas o caen en desuso, así igualmente se presentan—, porque la mención intencional de la norma de un órgano a la conducta toma contacto de modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho, en cuanto que es una conducta que se conoce a sí misma pensándose como conocimiento e intuyéndose como hecho. En cambio, las normas que salen de la mente del jurista toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación, esta vez efectuado por el jurista que intuye el hecho de los órganos o sus rastros y, por encima de todo, que intuye el comportamiento de los hombres que viven el Derecho al cual el jurista se refiere. Y es este referirse a una intuición independiente de la normación lo que determina al jurista tantas veces a usar el verbo ser y a poner énfasis en él, aunque no quepa engañarse que por el sentido con que lo emplea se refiere a un deber ser, a la conducta como deber ser positivo, pues con aquel verbo el jurista está aludiendo a la existencia o realidad de lo que afirma, ya que, en su caso, esta existencia o realidad no presume de ir compenetrada con el hecho de sus palabras.

QUÉ OBJETÓ KELSEN. — El tema de esta discrepancia le fué presentado a Kelsen en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social el 16 de agosto, al leerse y discutirse la comunicación pasada por Vilanova al Instituto sobre *Vigencia y Validez del Derecho,* y también en una conversación entre él, Vilanova y yo el 6 de agosto, y, en parte, en mi ya recordada plática del 12 de agosto. Desgraciadamente, la discusión del Instituto se cortó antes de llegar a total madurez por otro compromiso que debía atender el maestro, y la conversación del 6 de agosto se paralizó a mitad de camino ante el deseo de Kelsen de que se le preparara una traducción de la comunicación de Vilanova, por cierto más pertinente que una información oral, a los fines de una meditación. Con todo, puedo presentar así la sustancia de estos diálogos:

KELSEN. — Yo no entiendo qué se expresa con el vocablo "comunidad", que me suena acá a hegelianismo, y cómo puede la comunidad conocer.

VILANOVA. — No hay en ello ninguna referencia a ninguna entidad aparte ni nada de hegelianismo. Me refiero a la dimensión coexistencial del hombre, y al hablar de la conducta de la Comunidad misma sólo hablo de la conducta compartida de todos los miembros de esa Comunidad. Esto es un dato en el que estamos inmersos por coparticipación. Todos tenemos, en principio, la comprensión de pertenecer a una Comunidad.

KELSEN. — Entonces que no se hable de un conocimiento que hace la Comunidad sobre sí misma.

VILANOVA. — Por eso digo que es un conocimiento que efectúan los órganos. Pero los órganos son órganos de la Comunidad, y esto no puede ser desatendido.

KELSEN. — La atribución de este conocimiento a la Comunidad, como siendo *de* la Comunidad, me parece excesiva e incomprensible.

COSSIO. — No es más excesiva ni más incomprensible que la preciosa contribución con que usted, maestro, ha dilucidado la relación entre el Derecho y la fuerza en *Law and Peace in International Relations:* El Derecho no excluye absoluta, sino relativamente, la fuerza, porque el entuerto y la sanción son fuerza por igual; pero cuando la fuerza está ejercitada por un individuo, es entuerto, y cuando está ejercitada por la Comunidad es sanción: La paz jurídica "es un estado de un monopolio de la fuerza, un monopolio de la fuerza por la comunidad.[13] (k)

KELSEN. — Pero ustedes, al hablar aquí de Comunidad, quieren fundar la validez del Derecho en su vigencia o eficacia. Esto es inaceptable, porque sería derivar del ser el deber ser. Es una confusión entre hecho y Derecho.

COSSIO. — Sólo aceptamos el Principio de Efectividad, cuya inportancia usted mismo nos ha enseñado a apreciar.

KELSEN. — El Principio de Efectividad, de acuerdo al cual el jurista no considera como válido un sistema de normas si ellas no tienen un mínimo de eficacia, es una condición *sine qua non* del conocimiento jurídico, pero no una condición *per quam;* es una condición necesaria, pero no una condición suficiente. La validez de una norma se funda exclusivamente en que es dictada de acuerdo al procedimiento señalado para dictarla *por otra norma* más elevada de la pirámide jurídica. Sin esto se destruye la estructura de un deber ser lógico que tiene el ordenamiento como conjunto.

VILANOVA. — Pero esto ya no ocurre con la norma fundamental, de la cual deriva toda esta validez específica subordi-

13 KELSEN: *Law and Peace in International Relations,* pág. 12, Cambridge (Mass), 1942, edic. Harvard University Press. Con iguales expresiones, *General Theory of Law and State,* pág. 21, ed. cit.

(k) En la pág. 45 verá el lector que Kelsen se sirve sin resquemor de la noción de comunidad en el mismo sentido que le objeta a Vilanova. Allí dice, en efecto, que "las normas jurídicas como objeto de la ciencia del Derecho son función de las autoridades jurídicas competentes, o, para decir lo mismo, función de la comunidad jurídica".

nada. La norma fundamental, por propio contenido, es originaria y no está señalada como el contenido de otra norma aún más alta, porque entonces ésta sería la norma fundamental. Si vale como Derecho lo que una primera asamblea constituyente dispone, no es porque haya una norma superior que convalide lo que la asamblea hace, sino sólo porque, de hecho, a los hombres les da por atenerse a sus prescripciones y comienzan a comportarse como éstas dicen que deben hacerlo; es decir, que aquí lo que vale, vale sólo porque se lo vive como tal, sabiéndose lo que se hace y no porque se aplicara norma ninguna, salvo la norma meramente supuesta. La norma fundamental cierra el sistema y nos muestra al desnudo el hecho de la conducta con su inmanente sentido jurídico, del cual la norma fundamental sólo es la primera expresión conceptual adecuada. Sea que enunciemos la norma fundamental como la exigencia de obedecer al legislador originario, sea que más técnicamente la enunciemos con la fórmula de la *Teoría General del Estado*, "si *A* manda y *B* obedece la mayoría de las veces, *A* debe mandar y *B* debe obedecer en todos los casos", es evidente que ella, en cuanto que supuesto gnoseológico del jurista, sólo da la cópula del deber ser lógico que tiene la expresión; pero no es menos evidente que el contenido lo toma de los hechos de conducta, y *que este contenido está pensado con la misma copulación por los sujetos actuantes en cuanto ellos saben lo que hacen o tienen conciencia de lo que hacen.* Si *A* y *B* viven como algo jurídico, lo que hacen, cuando *A* manda y *B* obedece la mayoría de las veces, eso que viven, es por ellos conocido con el sentido del "debiendo en todos los casos", que enuncia técnicamente la norma fundamental, porque tal es la dirección o tendencia intersubjetiva del deber ser existencial en que su conducta consiste.

Cómo se defendió Kelsen.— La contraparte del diálogo tuvo contornos acaso más apremiantes todavía. Hela aquí:

Cossio. — La distinción entre norma y regla de derecho me parece, además de superflua, después de la investigación de

Vilanova, insostenible, porque remata en una reduplicación simplemente verbal de un mismo objeto que es la norma, en tanto que juicio imputativo constituído con la cópula del deber ser.(1) Pues frente a aquella distinción yo me pregunto: ¿Dónde está el deber ser lógico, en la norma o en la regla de Derecho? Si está en ambas, entonces la reduplicación es clara y un correcto análisis hará desaparecer la pretendida diferencia entre una y otra. Si está sólo en la norma y no en la regla de derecho, para conservar la idea de que la norma es el objeto Derecho y de que este objeto está constituído por el deber ser lógico, entonces la regla de derecho, como conocimiento jurídico, no tendría ninguna diferencia metodológica con el conocimiento físico. Y si está sólo en la regla de derecho y no en la norma, entonces, a la inversa, se habría dicho mal que el ser del derecho como objeto, siendo éste la norma, consiste en un deber ser que se niega a la norma.

KELSEN. — El nexo de imputación está en la norma y en la regla de derecho, pero no hay reduplicación de objeto, porque en la norma el deber ser lógico tiene un sentido o uso prescriptivo, en tanto que en la regla de derecho tiene un uso descriptivo: "es como si la regla de derecho reprodujera descriptivamente el deber ser de las normas", para decirlo con una frase de mi *General Theory of Law and State*.[14] El órgano

(1) Ya se ha visto en el cap. I, 6, que Kelsen constituye la norma con el deber ser imputativo y que no rehusa calificar de cópula lógica (pág. 50) a este deber ser reproductor de lo contenido en una norma jurídica (pág. 49). Ahora bien, la cópula lógica es elemento integrante de un juicio; por eso usamos la locución "juicio imputativo". Querer levantar el cargo *analítico* de reduplicación, que le formulo, con la sola comparación metafórica del pianista, como hace Kelsen al final del cap. II, 5, además de no ser un procedimiento científico, es olvidarse que él mismo ha enseñado que el legislador al legislar interpreta la constitución y que el juez al sentenciar interpreta la ley. Donde se ve que el juez, en tanto que órgano, hace lo mismo que el jurista a que se refiere Kelsen, según es la tesis egológica aquí controvertida por el maestro. Sólo que no se advierte por qué ambos no habrían de estar interpretando la conducta de los súbditos mediante la ley, como sostiene la Teoría Egológica. La distinción entre norma y regla de derecho no contiene un criterio intrínseco para resolver este punto, como cree Kelsen, porque el punto lleva a problematizar la ontología jurídica y la naturaleza comprensiva del conocimiento jurídico, que son precisamente las cosas que la distinción kelseniana pretemáticamente da por resueltas con anticipación a su planteamiento descriptivo.

14 Pág. 163 de la edición ya citada.

no conoce, sino prescribe; el jurista, al revés, no prescribe, sino conoce.

COSSIO. — Todo eso es muy tajante, pero lleno de una falsa claridad que acaso satisfaga al sentido común del hombre ingenuo, pero no al científico, pues yo no comprendo cómo se puede prescribir algo sin saber lo que se prescribe, es decir, sin que lo prescripto fuera conocimiento. Y a mí me interesa aclarar si este conocimiento que tiene quien prescribe en el acto de prescribir es o no es un conocimiento del deber ser. Meditando egológicamente sobre estas cosas, Brandao ha escrito: "Sin embargo, una ley jurídica positiva, si es imperativa, no por eso deja de ser también descriptiva. Su enunciación envuelve la descripción de posibles conductas en interferencia intersubjetiva. Sólo respecto de ellas se manifiesta su imperatividad".[15]

KELSEN. — Para el acto del órgano creando una norma, es decir, para la prescripción de conductas, no es necesario saber nada de la norma misma: los legisladores aprueban leyes votando por la afirmativa e ignorando su contenido; para la constitución de una sentencia judicial lo único esencial es la firma del juez, aunque la sentencia la haya redactado un escribiente.[(m)]

15 ANTONIO JOSÉ BRANDAO: *Problemas de determinaçao do conceito de lei juridica positiva*, en *Boletim do Ministerio da Justica*, núm. 13, pág. 368, Lisboa, julio de 1949.

(m) Una atenta lectura de cómo reitera Kelsen esta absurda tesis en la versión definitiva de sus conferencias, hace ver la incoherencia con que la defiende. Así, mientras en la pág. 47 insiste en que las normas jurídicas, creadas y aplicadas en el curso del proceso del Derecho, no son *de ninguna manera* la función de actos de conocimiento, sino de actos de voluntad; en la pág. 45 nos ha dicho que las autoridades jurídicas, para crear las normas *satisfactoriamente* (¿normativamente?), están necesitadas de conocer algo, aunque agrega que este conocimiento *preliminar* (sic) no es esencial desde el punto de vista jurídico; y en la pág. 45 nos dice que es *necesario* al juez, para dar una decisión, que compruebe hechos; y que esta comprobación está refundida con la decisión misma o norma individual. Pero siendo la comprobación un conocimiento de hechos, resulta entonces que la normación judicial también es un acto de conocimiento y, precisamente, de conocimiento de conducta, como sostiene la Teoría Egológica. Además, si este conocimiento está refundido con la decisión misma, se advierte en ello que es esencial a la norma, según lo dice la Teoría Egológica.

Pero la contradicción kelseniana sube de punto al llegar a la norma fundamental. De ésta nos dice en la pág. 42 que es *norma* porque responde a la

Cossio. — Rechazo la exageración desfigurante que contienen sus ejemplos porque, de hecho, los órganos tienen conocimiento de lo que prescriben, aunque fuere en forma mínima y simplemente global. Pero aún así usted confunde dos cosas que no se pueden confundir: Una cosa es la norma misma en tanto a su consistir, y esto es conocimiento normativo de algo porque a algo ella alude mediante menciones conceptuales; y otra cosa es quién es la persona que posee este conocimiento. Para nuestra discusión la esencial es la primera, no obstante que usted trata de confutarla con argumentos tomados de la segunda. Pero, a pesar de ello usted se equivoca doblemente. Pues es de toda evidencia que la norma como tal, en cuanto que es una mención significativa, describe algo —algo que es

cuestión de por qué *debemos* comportarnos como la constitución lo prescribe; no obstante, allí mismo nos dice que la norma fundamental no es creada o puesta por ningún órgano sino presupuesta por la ciencia; o sea: que el jurista también norma en algún grado y no exclusivamente los órganos como es la tesis del cap. II, 5. (No ha de olvidarse que para Kelsen "normar" no podría significar "pensar normativamente" o "pensar con la cópula deber ser", como significa para la Teoría Egológica). Luego, en la pág. 43, nos dice que, *no obstante estar dada por la ciencia,* la norma fundamental no significa un acto de conocimiento; que ella sólo es el reconocimiento de una autoridad suprema. Y es clara la contradicción porque el reconocimiento de una autoridad suprema es, al propio tiempo, el conocimiento de ciertos hechos de conducta. Volvemos, pues, a la tesis egológica.

En este punto la idea de la norma fundamental lleva derechamente a destruir la diferencia kelseniana entre norma jurídica y regla de derecho, porque habría de admitirse "que las normas creadas y aplicadas al correr del proceso jurídico, no son normas jurídicas más que en razón de interpretarse como tales según la norma fundamental, presupuesta por la ciencia del Derecho, de suerte que se podría decir que es la ciencia del Derecho en tanto que conocimiento jurídico la que atribuye a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas". En estos términos advierte el propio Kelsen la objeción como objeción inmanente a su tesis, en la pág. 48; pero no la levanta, sino que la hace a un lado en forma autoritaria, sin dar explicaciones, como comprobará el lector continuando con el pasaje citado. La cuestión, por lo tanto, queda en pie con saldo favorable a la tesis egológica: las normas jurídicas son tales por serles inmanente el conocimiento, aunque Kelsen crea que este conocimiento sólo es el de la norma fundamental y el de la ciencia que desde ella emerge. En rigor, la ciencia jurídica sólo hace reflexivo el conocimiento de la conducta que está en la conducta misma como pensamiento de sí misma. La Teoría Egológica ha insistido hasta el cansancio que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma; pero para que este pensamiento pueda serlo de *sí misma,* es forzoso que sea un pensamiento normativo (por lo tanto construído con el deber ser lógico), porque la conducta en cuanto que libertad fenomenalizada es un deber ser existencial. Con otro tipo de pensamiento, como es el pensamiento entitativo que usa el verbo ser como cópula, ya la conducta no lleva el pensamiento de sí misma porque este pensamiento la aprehende cosificada desde afuera de ella. Esto es lo que se explica en el texto cuando se dice que el sentido de la conducta en el Derecho es un sentido mentado y que, por lo tanto, la mención conceptual forma parte del sentido mismo.

libertad— en forma de conocimiento, con lo cual resulta ser conocimiento: conocimiento de la norma más elevada de la que toma su validez y conocimiento, a la par, de los hechos que señala como antecedentes y de las consecuencias que imputa o prescribe. No hay que olvidar que estos antecedentes y consecuencias que se toman a la par con la imputación, son el recurso que tiene el intelecto humano para mentar conceptualmente la libertad fenoménica; por eso le he dicho que la norma describe libertad. Pero además, usted olvida que no tiene verdadera importancia la cuestión acerca de la persona que de hecho posee plenamente este conocimiento en que la norma consiste porque el ser de la norma es un ser normativo, con lo cual quiero decirle que ese conocimiento que la norma es, le está imputado al órgano que emite la norma, es decir, que este órgano *debe tener* tal conocimiento por más que sólo lo tenga plenamente el líder parlamentario y no toda la asamblea legislativa, o que sólo lo tenga el escribiente del juzgado y no el juez que firma la sentencia. Por eso la norma, aunque de hecho no se constituyera como conocimiento por quien la emite, presupone este conocimiento y es, así, siempre conocimiento en cuanto a lo que resulta ser. Por eso yo no necesito preguntarme quién tiene el conocimiento que una norma es, en el sentido de quien lo tiene por hacerlo o sólo por presuponerlo, sino que me basta destacar que la norma en su consistir es esencialmente conocimiento. Y es esta última afirmación la que usted quiere negar con su distinción entre regla de derecho y norma.

KELSEN. — Usted no querrá desconocer que puede haber grandes diferencias entre las enunciaciones de una ley y las enunciaciones del comentario que sobre esta ley haga un jurista.

COSSIO. — Naturalmente que de hecho las puede haber y que frecuentemente las hay. Pero esto ocurre en el caso de que una u otra enunciación, como conocimiento, esté equivocada o sea más rudimentaria, de la misma manera que pueden dis-

crepar entre sí las enunciaciones de dos juristas. Pero si la enunciación del jurista y la norma del legislador son ambas verdaderas como representación conceptual, entonces ambos conocimientos son iguales en todas sus partes. En este caso yo le diría no sólo que la norma y la regla de derecho son, por igual, conocimiento, sino que además son el mismo conocimiento, no obstante de que serían diferentes los dos sujetos cognoscentes.

KELSEN. — Sin embargo, a pesar de lo que usted me dice, es del todo innegable que la sentencia redactada por el escribiente, y aun conocida por el juez, no es una norma hasta tanto el juez no la firme. Es decir, que la norma se constituye con la firma del juez y no con su conocimiento, en lo cual se advierte que lo esencial para la prescripción de conductas es la firma del juez; o la aprobación de la asamblea legislativa en el otro ejemplo.

COSSIO. — Pero esto no quita que esa ley o esa sentencia en sí mismas, prescriptivas o no prescriptivas, describan algo en forma de conocimiento. Aquella votación o aquella firma sólo definen normativamente quién emite el acto; pero no dicen nada en qué consiste el acto mismo, por lo que se hace o por lo que presupone para constituirse como tal. Lo evidente es que una prescripción jurídica es de por sí conocimiento en cuanto que por lo menos presupone un conocimiento; por eso no se puede hablar de una prescripción jurídica sino como conocimiento jurídico; así como tampoco ha de olvidarse que aquel legislador y aquel juez de su ejemplo, algún conocimiento tienen de lo que prescriben, por mínimo o global que fuere. Que si a ellos se les pudiera desimputar todo conocimiento en su propio acto —piénsese en un estado de inconsciencia—, sus actos habrían de perder forzosamente todo el sentido de una creación de normas.

KELSEN. — Ese mínimo de conocimiento en el órgano, que probablemente siempre existe, no me parece esencial para el problema, porque yo puedo prescindir de él para fundar mi

distinción entre lo que hace el órgano y lo que hace el jurista, presentando la norma y la regla de derecho como cosas de diversa naturaleza. La creación óntica del Derecho pertenece al órgano, puesto que crea su existencia al crear la norma, en tanto que la creación epistemológica del Derecho pertenece al jurista, puesto que lo crea como objeto conocido al crear la regla de derecho.

Cossio. — Es que su afirmación es deficiente, porque estamos viendo que al crearse una norma por el órgano se la crea como conocimiento del deber ser, y entonces no hay la diferencia que usted le atribuye respecto del conocimiento del jurista.

Kelsen. — Con un ejemplo voy a aclarar mi pensamiento: El legislador puede decir: "el que matare a otro será condenado a prisión", usando el verbo ser en futuro; esto es una norma y algo queda prescripto por ella. Pero esta norma no expresa ni hace ver su verdadero contenido intelectual de índole jurídica; para expresarlo se requiere que venga el jurista y la transforme de este modo: "si alguien mata a otro, debe ser condenado a prisión", usando el verbo deber ser y formulando una regla de derecho que describe correctamente el contenido normado. El legislador creó lo jurídico como objeto existente; el jurista ha realizado la creación epistemológica, que es la sola que vale en la ciencia.

Cossio. — Su propio ejemplo traiciona la debilidad de su tesis, porque usted presenta como ciencia jurídica un juego pueril y raquítico que no responde a lo que los juristas tratan de hacer. Si la ciencia jurídica consistiera en redactar con el verbo deber ser las proposiciones redactadas con otros verbos, sería una ciencia ya agotada y conclusa, como saber. En el ejemplo que usted ha utilizado, si el legislador hubiera dicho: "si alguien mata a otro, debe ser condenado a prisión", cosa perfectamente posible de ocurrir, el jurista, como científico, queda sin papel respecto de ese precepto. Usted olvida que la ciencia jurídica no es una ciencia acerca de las expresiones

verbales. No interesa que el legislador use el verbo ser en tiempo futuro o en modo imperativo, sino el sentido inmanente con que lo usa. Precisamente el mérito perdurable de la Teoría Pura del Derecho es haber evidenciado que ese sentir es, necesaria e invariablemente, el del deber ser, cualquiera sea la expresión utilizada. Pero por esto mismo se ve que lo que usted llama norma, por su sentido y en su sentido, es ni más ni menos que lo que usted llama regla de derecho. Por eso son seudoproblemas tanto el caso en que el legislador se expresara con el verbo deber ser, en que el jurista kelseniano quedaría sin misión que cumplir, como el caso contrario y frecuente en que el jurista se expresara con el verbo ser y que no sé dónde habría de ubicar usted. La ciencia jurídica no es una ciencia de expresiones verbales, sino una ciencia que interpreta la conducta humana mediante las normas existentes. Toda su distinción entre norma y regla de derecho gira sobre un punto falso, porque esconde resucitada la concepción del imperativismo jurídico, dando marcha atrás en una de las cosas más fecundas aportadas por la Teoría Pura.

KELSEN. — Mi crítica al imperativismo subsiste intacta. No se puede decir, sin falsificar mi pensamiento, que la prescripción contenida en la norma sea un mandato en sentido propio, es decir, una orden o imperativo. En mi *General Theory of Law and State* he insistido en que los vocablos "imperativo" o "mandato" han de tomarse en un sentido figurado (págs. 35 y 45); que cuando se dice que el legislador manda algo con una ley el mandato en este sentido difícilmente tiene algo en común con un mandato propiamente dicho (pág. 33); que la comparación entre el deber ser de una norma y un mandato se justifica sólo en un sentido *muy limitado* (pág. 35). He aclarado que si la regla de derecho es un mandato, es, por decirlo así, un mandato despsicologizado, ya que se emplea una abstracción (pág. 35). Y he tenido el cuidado, para evitar toda confusión, de poner siempre entre comillas las palabras mandato, orden o imperativo, cada vez que con ellas me he referido a las prescripciones del Derecho.

Cossio. — Es cierto; pero no descuide usted que a sus comillas se las pueden quitar con facilidad. Y sus otras aclaraciones no van a resultar suficientes, porque el peligro que corre su crítica a la concepción imperativista del Derecho obedece a una causa más profunda. Ésta consiste en que la distinción entre mandato y prescripción se hace borrosa y endeble desde que usted contrapone prescripción a descripción, norma a regla de derecho. Si lo que se llama prescripción en el lenguaje jurídico del sentido común no puede ser presentado como un juicio imputativo, como un juicio del deber ser, como una norma con su peculiar mención, entonces usted, quiera que no, está dando un paso atrás de la Teoría Pura, hacia el tradicionalismo jurídico, y los estudiosos se han de preguntar qué queda de su crítica al imperativismo.

Kelsen. — Tal vez haya poca claridad en mis obras anteriores; pero mi crítica al imperativismo no ha querido nunca ser una crítica al imperativismo de las normas en cuanto que prescripciones (y no órdenes o mandatos), sino una crítica al imperativismo de las reglas de derecho y a la pretensión de la doctrina de ser una fuente del Derecho.

Cossio. — ¿No ve usted cómo desdibuja el problema? Su crítica magistral al imperativismo tiene la jerarquía y el volumen de algo que desmenuza toda una importante concepción del Derecho. Pero la pretensión de la doctrina como fuente jurídica nunca ha tenido volumen como para definir una concepción del Derecho. En el imperativismo como concepción late la idea de que el Derecho es la ley o, si se prefiere, la norma, y por eso usted retrocede hacia el imperativismo desdibujando su pasada crítica.

Kelsen. — Si usted entiende que el Derecho es conducta, comprendo su posición radicalmente antiimperativista. Pero con esto comprendo también que seguimos separados por nuestra primera discrepancia. Allí está todo.[n]

(n) Este imperativismo 1949 de Kelsen está consignado, todavía con más ambigüedad y tibieza que lo que se refleja en el diálogo, en la pág. 47 de su texto.

APOSTILLA. — ¿El público de estudiosos deseaba que el balance de la visita de Kelsen exhibiera y computara las discrepancias con la Teoría Egológica? Pues ya sabe cuál es la segunda: la relación que media entre norma y conducta, de la cual Kelsen deriva a la norma como una prescripción que no es conocimiento jurídico, y la Teoría Egológica, al revés, como siendo la norma un conocimiento jurídico de la Comunidad sobre sí misma. Toca otra vez al lector decidir sobre el peso de los argumentos y en qué medida esta discrepancia es una discrepancia con Kelsen o con la Teoría Pura *stricto sensu;* en qué medida, con la distinción entre norma y regla de derecho, esta vez no se cuelga, sino que se inserta en la Teoría Pura, un problema innecesario para el funcionamiento útil de la misma.

COROLARIO: LA NORMA COMO ESQUEMA DE INTERPRETACIÓN. — La teoría Egológica resuelve de un solo golpe el problema de la relación entre el pensamiento jurídico y la conducta jurídica, presentando la relación entre norma y conducta, como la relación de concepto a objeto que se acaba de exponer; por eso no le queda ninguna cuestión pendiente.

No le sucede lo mismo a la tesis kelseniana, que, con la distinción entre norma y regla de derecho, lo ha desdoblado en la relación entre estos términos, por un lado, y, por otro, en la relación entre su norma y la conducta, que le queda pendiente. Se trata siempre de buscar la relación entre el pensamiento jurídico y la conducta efectiva que Kelsen trata de cubrir en dos etapas: la relación entre regla de derecho y norma, y luego la relación entre norma y conducta.

Sobre esta última relación tuvimos un breve diálogo muy ilustrativo:

COSSIO. — Buscar entre la norma y la conducta una relación causal, sea mecánica, sea teleológica, es insostenible y espurio para la teoría jurídica.

KELSEN. — Estoy totalmente de acuerdo con usted. La norma se relaciona con la conducta como un esquema de interpretación. "A las normas del derecho positivo corresponde una cierta realidad social"[16], y la relación que vincula estos opuestos y desemejantes términos (norma y realidad social) consiste en que la norma es el esquema de interpretación de la realidad social de conducta.

COSSIO. — La Teoría Egológica acepta este planteamiento de la Teoría Pura; pero como es muy vago e impreciso quedarse simplemente en que la norma es un esquema de interpretación de la conducta, lo desarrolla para quitarle su vaguedad, resolviéndolo en la relación gnoseológica de mención que hace el concepto respecto de un objeto.

KELSEN. — Esto me interesa mucho, pero no veo el desarrollo ni advierto su legitimidad.

COSSIO. — ¿Cree usted que interpretar es una manera de conocer?

KELSEN. — Indudablemente.

COSSIO. — Entonces su esquema de interpretación es un esquema de conocimiento, vale decir, un conocimiento esquemático, donde la conducta aparece como el objeto conocido. Ya ve usted, pues, cómo la norma afirma su ser conocimiento en contra de la distinción suya entre regla de derecho y norma, cumpliendo ese papel que usted reserva exclusivamente para la regla de derecho.

KELSEN. — Pero es cosa diferente, porque la regla de derecho conoce normas y ahora hablamos de un conocimiento de la conducta, de un conocimiento peculiar acerca de la conducta, porque no es su conocimiento sociológico.

16 KELSEN: *General Theory of Law and State*, pág. 49, ed. cit. Ver también págs. 40 a 41 y el conocido pasaje de la *Teoría Pura del Derecho*, pág. 30, Buenos Aires, 1946, edic. Losada.

Cossio. — Que sea o no sea cosa diferente ya lo controvertiremos en otra oportunidad. Que el conocimiento de marras es muy peculiar, sí, porque se conoce a la conducta como libertad y se piensa con el verbo deber ser. Pero de todas maneras es auténtico conocimiento. Además, esa correspondencia que ha de haber entre las normas positivas y una realidad social que usted subraya, ¿quién ha de conocerla: el órgano o el jurista?

Kelsen. — Ambos: el órgano como posibilidad si no desea dar normas en el aire, y el jurista como efectividad de conjunto para poder afirmar la validez normativa.

Cossio. — Perfectamente. Pero ya ve usted que el jurista, como tal, no se limita a conocer el contenido de la prescripción normativa, y que por este otro extremo se vuelven a aproximar el órgano y el jurista.

Kelsen. — Se aproximan de hecho, pero no en esencia. Yo sigo viendo mi diferencia, y no sé todavía cuál es el desarrollo que usted sigue para resolver el esquema de interpretación en la relación gnoseológica de concepto a objeto entre norma y conducta. Yo no siento la vaguedad que usted dice cuando me limito a presentar la norma como un esquema de interpretación de la conducta.

Como se comprende, el diálogo, para proseguir, debía aguardar todo el desarrollo anteriormente expuesto con motivo de la distinción kelseniana entre norma y regla de derecho. Pero, lamentablemente, no tuvo oportunidad de continuar, porque era tal la magnitud de aquellas cuestiones previas que, llegado el momento, ellas tomaron todo el tiempo con que pudimos contar.

Sin embargo, yo hubiera necesitado hacer ver a Kelsen que con la mera frase "la norma es un esquema de interpretación", se induce a pensar que superponemos dos entes diversos, pero de igual clase, para com-

pararlos, tal como los geómetras superponen idealmente dos triángulos para demostrar su igualdad. Que esto no es así, porque no hay una naturaleza común entre la norma, a la que pensamos, pero no vemos, y la conducta, a la que vemos. Que la norma puede ser inmanente a la conducta, porque no cabe entre ellas ninguna separación espacial como entre los triángulos del geómetra o las cosas de la experiencia. Que sólo el concepto cumple esta superposición de sus notas conceptuales sobre las cosas empíricas, porque la relación gnoseológica de mención significativa es una relación intencional de la conciencia, pero no una relación espacial. Que, en tal sentido, la conducta enunciada por la norma no es un modelo, ni la conducta efectiva es una copia, tan real el modelo como la copia en su recíproca externidad, sino que la conducta enunciada por la norma es el conjunto de notas conceptuales con que mentamos cierta conducta efectiva. Que esta superposición conceptual de la conducta en interferencia intersubjetiva enunciada en la norma jurídica no sería posible si la conducta real no fuera previamente, de por sí, conducta, y si no contuviera en sí la estructura intersubjetiva, como acredita la intuición. Que esto hace a la inmanencia de la norma respecto de la conducta, y que, en fin, sólo por esta inmanencia puede la norma, ahora como sentido conceptualizado integrante, aportar nuevas determinaciones con cuya comparación se decidirá y conocerá el carácter lícito o ilícito de la conducta efectiva.

Pero todo esto ha quedado postergado para quién sabe cuándo.

c) Estática y Dinámica del derecho. — *Las Tesis.* El problema ontológico del Derecho tenía atenazado a Kelsen en su cotejo con la Teoría Egológica. La pregunta sobre si el Derecho, en tanto que objeto a conocer por la ciencia jurídica, era o no era conducta,

flotaba en el ambiente con penetrante perfume, y Kelsen no podía eludirla. La afrontó en sus conferencias de la Facultad con una ambigua solución de compromiso, recurriendo a su vieja división entre Estática y Dinámica del Derecho tal como la ha presentado rejuvenecida en su *General Theory of Law and State*. Y dijo con visible eclecticismo:

El Derecho, estáticamente considerado, es norma; las normas en cuanto que determinan la conducta, pero sólo las normas y nada más que las normas dadas por los órganos. En cambio, el Derecho dinámicamente considerado es conducta: la conducta en cuanto está determinada por las normas, hay que precisar; por lo tanto, conducta de los órganos que siguen el procedimiento creador prescripto por las normas más altas correspondientes de la pirámide jurídica y conducta que sin esta referencia normativa no sería Derecho. La distinción entre Estática y Dinámica obedece al Derecho visto en estado de reposo o de movimiento: allí aparecen las normas jurídicas y aquí los actos jurídicos de creación y ejecución del ordenamiento.[o]

La Teoría Egológica rechaza totalmente esta distinción, en primer término, porque con su dual afirmación destruye la unidad del objeto de conocimiento, y luego porque al afirmar de algún modo a la conducta, como siendo el objeto del conocimiento jurídico con la segunda enunciación, se queda corta por referirse sólo a la conducta de los órganos, en contradicción con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, que no hace distingo.

La crítica egológica. — Kelsen sufrió la crítica de su tesis la noche del 15 de agosto, después de cenar en mi casa, y la tarde del 16 de agosto, en una conver-

(o) Puede verse el desarrollo de estas ideas en el cap. II, 1 y 2 de la versión definitiva de sus conferencias.

sación de mesa redonda en la Facultad, donde él salpicó el diálogo con algunas *boutades* que algunos recuerdan con regocijo y otros recordamos con mala impresión. La crítica tuvo las dos veces el siguiente desarrollo, sin que las respuestas de la Facultad agregaran nada nuevo a las respuestas de la noche precedente.

Comencé recordando la necesidad epistemológica de la unidad del objeto de conocimiento como exigencia científica inexcusable: una misma ciencia no puede conocer dos objetos heterogéneos. Así, hay Zoología porque disponemos del concepto "animal" para mentar la unidad de su objeto; que si no hubiéramos creado este concepto, todo lo que conociéramos acerca de los caballos, gatos y sapos sería caballología, gatología y sapología como otras tantas ramas independientes del saber, sin contactos entre sí.

Luego destaqué que los términos Estática y Dinámica son términos de la Física, donde tienen un uso propio que no perjudica la unidad de su objeto, porque la Física con ellos mantiene la referencia a un mismo objeto. Por ejemplo: una piedra, según esté o no esté en equilibrio, bajo fuerzas que se compensan o no, será estudiada respectivamente por la Estática y por la Dinámica; pero una y otra se refieren al mismo objeto, que en tal caso es la piedra. No hay, pues, ninguna dificultad para entender cómo puede la Física hablar de Estática y Dinámica sin destruirse como ciencia en su unidad.

Pero con el traslado kelseniano de estos conceptos físicos a la ciencia del Derecho, que pudiera tomarse como una simple metáfora sin valor o una transgresión a la pureza metódica si el traslado fuera auténtico, ocurre algo gravísimo, porque la Estática kelseniana no se refiere a un mismo objeto que su dinámica: de la Estática a la Dinámica pasamos de un objeto ideal a un objeto real. En efecto: si el Derecho estáticamente considerado es la norma en cuanto que determina la

conducta, pero sólo la norma y nada más que la norma, se impone la consideración de que la norma es una especie de pensamiento, y que, como todo pensamiento en cuanto significación, es un objeto ideal. Para acallar esta crítica, si la norma —y con ella el Derecho— fuera para Kelsen un objeto real, Kelsen tiene un solo camino: mostrarnos dónde, con intuición sensible, se intuye a la norma si ésta fuera Naturaleza, o dónde, también con intuición sensible, se intuye al sustrato de la norma si ésta fuera cultura. Cosas ambas imposibles, porque a una norma se la piensa, pero no se la ve.

Paralelamente, si el Derecho, dinámicamente considerado, es la conducta, por mucho que se aclare que se trata de la conducta en cuanto que está determinada por las normas, la conducta es una incuestionable realidad al alcance de nuestra intuición sensible, según ya tenemos visto. Imposible es, pues, dejar de ver que la distinción entre Estática y Dinámica del Derecho que hace Kelsen realiza un salto ilegítimo de lo ideal a lo real que no autoriza a usar en ambos casos la palabra "Derecho" como si nos refiriéramos a la misma cosa. Para utilizar un símil yo pregunto qué habría de decirse si respondiendo a la cuestión de ¿cuál es el objeto que estudia la Aritmética? dijera: la Aritmética, estáticamente considerada, estudia los números que sirven para numerar las cosas; pero la Aritmética, dinámicamente considerada, estudia las cosas numeradas por los números. Pues habría de decirse con razón, a pesar de las especificaciones agregadas, que en un caso hablo de los números y en el otro de las cosas, y que los números y las cosas son entes diferentes.

Kelsen defiende aquí un juego de palabras para salvar con un verbalismo la unidad del objeto del conocimiento que ha comprometido. Kelsen no ve que cuando habla del Derecho estáticamente considerado sólo se refiere a conceptos jurídicos sin intuición, en tanto que cuando habla del Derecho dinámicamente

considerado se refiere a conceptos jurídicos con sus intuiciones. Esa es, en verdad, la diferencia que aquí maneja con aquellas designaciones metafóricas.[p]

Pero en esto mismo se queda corto, porque después de haber aceptado el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, no es explicable que vea como conducta jurídica sólo la conducta de los órganos en sus actos de creación y aplicación del Derecho, pues ¿en qué funda semejante limitación cuando el axioma se está refiriendo a la conducta sin distingos y toma su fuerza apodíctica precisamente de la naturaleza libre de la conducta?

Kelsen reconoció que el principio a que se remite la presente crítica egológica es irrebatible, tanto que él mismo lo utilizó criticando a Jellinek su teoría de las dos caras del Estado. Pero que no le parecía que pudiera operar sobre su distinción de Estática y Dinámica del Derecho. Arguyó en descargo que no hay ninguna escisión entitativa de la unidad del objeto del conocimiento, porque cuando habla de Estática están consideradas las normas sustantivas, y cuando habla de Dinámica están consideradas las normas adjetivas o de procedimiento en amplio sentido; por lo tanto, siempre las normas, y que el axioma ontológico juridiza directamente la conducta de los órganos e indirectamente la conducta de los súbditos, sin dar mayores explicaciones sobre el alcance de semejantes modalidades.[q]

(p) Corrobora esto en forma muy significativa, el hecho raramente destacado, pero que Kelsen consagra en la pág. 43, de que la norma fundamental juega un papel, en rigor, sólo en la consideración llamada dinámica por Kelsen: "Sin esta presuposición ningún acto de conducta humana podría tener la significación objetiva de un acto jurídico, es decir, de un acto por el cual se crea o aplica una norma jurídica". Ciertamente las normas no se intuyen; sólo se intuyen los actos de conducta. Las normas se inteligen; y los actos de conducta son pensados mediante menciones normativas.

(q) En la pág. 37 de la versión definitiva de sus conferencias, reitera Kelsen esta dualidad de la juridización mediata e inmediata, pero siempre sin un adecuado esclarecimiento de su fundamento y significación.

Por mi parte, considero que el descargo dista mucho de ser suficiente. Toda norma, sea sustantiva o adjetiva, admite como única consideración la que Kelsen llama consideración estática. Y esto en razón de la idealidad conceptual en que consiste el ser de la norma. Lo comprueba el hecho de que la doctrina racionalista expone y estudia el derecho procesal de la misma manera que el derecho civil o penal. Sólo los hechos están en movimiento, y sólo en los hechos humanos hay creación. Kelsen no puede olvidar que en la *Teoría General del Estado* define a la Estática como la validez y a la Dinámica como la creación del orden estatal. Kelsen no advierte que de la norma jurídica no cabe un conocimiento jurídico, sino un conocimiento lógico, porque ya la norma misma es conocimietno jurídico. Frente al descargo kelseniano subsiste incólume la crítica egológica de que norma y conducta son cosas ónticamente diferentes, de que sin la conducta el Derecho de su Dinámica se anonada y de que es la conducta y no la norma lo que actúa como el sujeto lógico de la proposición en la definición de esa Dinámica, al revés de lo que ocurre cuando define la Estática.

Apostilla. — ¿El público de estudiosos deseaba que el balance de la visita de Kelsen exhibiera y computara las discrepancias con la Teoría Egológica? Pues ya sabe cuál es la última: la distinción entre Estática y Dinámica del Derecho, que comprometería, según la Teoría Egológica, la unidad del objeto de nuestra ciencia indispensable para el conocimiento. Toca otra vez al lector decidir sobre el peso de los argumentos y en qué medida la eliminación de esa dualidad de esencia que se asignaría al Derecho deja intacta a la Teoría Pura *stricto sensu,* aunque acuse una discrepancia con Kelsen.

6. Las novedades no comprometedoras. No quedaría completo este balance si no hiciera

también una escorzada referencia a aquellas novedades que Kelsen recibió de la Teoría Egológica con ángulo perpendicular, es decir, sin implicar necesariamente una revisión de fundamentos. En todas ellas la generosidad intelectual del maestro y el asombro platónico del filósofo tuvieron motivo para arbolar con laureles la senda recóndita de la amistad que él supo ganar.

Para no pecar por superabundante me limitaré a cuatro tópicos:

1º) La coordinación horizontal de las normas — Conversando sobre la pirámide jurídica y las relaciones de subordinación y supraordinación normativas que ella establece, le dije a Kelsen que, en la teoría de la pirámide existía con los mismos títulos el problema de *la coordinación horizontal de normas en un mismo plano normativo,* sin lo cual la teoría de la validez del ordenamiento jurídico no estaba completa. Aunque el problema de la coordinación de las normas es general en el ordenamiento jurídico, para captar su importancia basta pensar en el Derecho Internacional Privado, ya que esta disciplina se constituye a partir de un problema de coordinación.

Kelsen captó en el acto la cuestión y aplaudió la idea sin reservas, manifestando que nunca había visto el problema antes de ese momento, y que, sin duda, era un asunto muy importante. Tomó nota de las páginas de *La Teoría Egológica* en que está expuesto, y se interesó mucho por mi trabajo de 1947, *La Coordinación de las normas jurídicas y el problema de la Causa en el Derecho,* cuya próxima edición ampliada "esperaba poderla leer en el idioma original". Se refería a la reimpresión en los *Anales* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, que en estos momentos está saliendo de los tórculos.

2º) Las antinomias científicas de la dogmática — Otro asunto que también le impresionó con instan-

taneidad fué el de *las antinomias científicas de la Dogmática,* en que queda encausada su gnoseología del error. Le mencioné las antinomias de la libertad y de la vigencia, pero le hablé solamente de la antinomia de la personalidad, haciéndole notar cómo la ciencia jurídica afirma que hay hombres que son personas, hombres que no son personas (esclavos) y personas que no son hombres (asociaciones), presentando estas tres afirmaciones en un mismo nivel, y cómo, sin embargo, no están niveladas a la par, cual tres posibilidades equivalentes, sino que, por el contrario, su vinculación corresponde a una estructura antinómica de una tesis y dos antítesis, haciendo de tesis la primera afirmación y de sendas antítesis las otras dos. Sobre esta base estructural quedan claras importantes derivaciones; por ejemplo: que si fueran legítimas las antítesis, el hombre queda extrañado del Derecho, porque la personalidad jurídica del ser humano sería una conjunción accidental; que sosteniendo la esencialidad de la tesis, como hace la Teoría Egológica, cae por su base la manera dominante de plantear el problema de la personalidad en el derecho civil, que presupone la segunda antítesis, etcétera.

Otra vez pude ver a Kelsen en una explosión de entusiasmo. Manifestó que nunca se le había ocurrido la idea de ver a esas tres afirmaciones en semejante relación de estructura y que, sin embargo, el hecho era evidente. Sugirió la posibilidad de que se le tradujeran de inmediato las páginas de *La Teoría Egológica* en que se hace el desarrollo de la antinomia de la personalidad, y nos explicó su interés diciendo que la permanente aparición del hombre en el problema del Derecho, a pesar de que la distinción entre el ser y el deber ser elimina la Naturaleza, era todavía una de sus grandes preocupaciones para la que aún no tenía una respuesta plenamente satisfactoria.

3º) Los juicios indefinidos. — No menos entusiasta fué su reacción cuando le expuse el papel que los *juicios indefinidos* juegan en el conocimiento jurídico, a estar a las investigaciones egológicas. La idea de que las decisiones judiciales se expresan en juicios afirmativos o indefinidos le pareció clara y evidente. No le pareció tan clara la idea de que las normas generales se expresan por juicios afirmativos o negativos, porque Kelsen insiste en la posibilidad de reducir todo juicio negativo a un juicio afirmativo. Pero de todas maneras la dirección del análisis le pareció llena de un superlativo interés dentro de su novedad. También tomó nota minuciosa de las páginas de *La Teoría Egológica* en que se desarrolla el problema. Por lo demás, nuestra conversación se contuvo en los primeros escorzos del asunto, sin llegar a sus últimas consecuencias para la teoría jurídica, porque la discusión del problema ontológico del Derecho nos llevaba constantemente hacia otros horizontes. Y aunque la ruta desde los juicios indefinidos a la ontología jurídica de la egología está aclarada en mis publicaciones, hubiera sido tomar una ruta muy larga si se hubiera llevado la discusión por ese camino.

4º) La norma jurídica como juicio disyuntivo. — Por último, el problema de la norma jurídica como juicio hipotético o como juicio disyuntivo, tan conocido en nuestro ambiente, siendo una divergencia que se mueve dentro de la estrictez lógico-formal de la Teoría Pura, encontró a Kelsen en la más plácida disposición para analizarlo sin toma de posición. Un primer día, después de escuchar mi exposición en pro del juicio disyuntivo, le pareció una tesis perfectamente defendible que sería más completa que la suya del juicio hipotético. Pero al día siguiente, trayendo él la conversación, me dijo que la había estado analizando y que, mejor pensadas las cosas, no le parecía correcto, porque la conjunción *o*, puesta entre la endonorma y

la perinorma, significaba excluir de la significación uno u otro de los términos normativos, lo cual le resultaba inaceptable, máxime si la significación excluída era la de la sanción. Que en lugar de "o" era mejor decir "y si no".

Mi respuesta le señaló que eran los hechos los excluídos alternativamente, pero no los miembros normativos de la significación, porque éstos, en conjunto, hacían una significación única y sólo quedaban contrapuestos; que pasaba lo mismo que ocurre con el principio del tercero excluído, el cual, precisamente, venía a quedar incorporado a la norma jurídica con la conjunción *o*. Que esta conjunción, siendo en rigor equivalente del "y si no", tenía la ventaja de subrayar la unicidad de la significación normativa, eludiendo toda referencia a un transcurso temporal como va indicado en el "y si no". Que no había que confundirse por la diversidad de significaciones que tiene la conjunción "o" (exclusión, contraposición, equivalencia).

Pasaron pocos días y Kelsen volvió a traer la conversación. Otra vez le parecía mejor la posición disyuntiva que la hipotética, porque con ella había cómo dar lugar al derecho subjetivo en la norma. Pero las dudas no habían desaparecido del todo. Terminó diciéndome: "Todo está en la significación que comporta la conjunción "o". Tengo que analizar a fondo este asunto. Pero vale la pena y es muy importante. Esa incorporación del principio del tercero excluído puede tener consecuencias muy seductoras. Ya le daré noticias desde Barkeley a qué conclusiones he llegado".

7. ¿EPÍLOGO O PRÓLOGO? Presentada así la fisonomía completa y fiel de la visita de Kelsen a la Argentina, cabe todavía preguntar si esta visita, en su carácter de magno acontecimiento intelectual para nuestros estudiosos del Derecho, es un epílogo o es un prólogo. Vale decir, si con ella se pone punto final no

sólo a la tremulante expectativa con que fué recibida en razón de lo que de ella se esperaba, sino que también que con ella se hubiera pronunciado la última palabra acerca de los problemas debatidos, cual si para estos problemas no cupiera ya ningún desarrollo ulterior sobre las mismas bases por ella maduradas. O si, al revés, con la visita de Kelsen sólo se ha iniciado un proceso intelectual para los juristas argentinos en su contacto personal con el más grande representante del pensamiento jurídico mundial del momento, en razón de que esta visita tuviera en sí misma algún motivo más profundo que el señalado al comienzo de estas páginas, para ser apenas un episodio provisional respecto del destino a que está ligada.

El tercer protagonista de nuestra historia que se movió con antipatía egológica; ese tercer protagonista, que hasta ayer no más era antikelseniano cuando creía que la Teoría Pura y la Teoría Egológica eran la misma cosa, y que ahora, después de anoticiarse de sus diferencias se proclama kelseniano, ese tercer protagonista habla de un epílogo. Pero no es posible cerrar los ojos a la razón de ser de las ideas, ni es cuerdo computar un juicio crítico que nace doliente de un sentimiento de inferioridad. Bienvenida la crítica, que, por cierto, es requerida por la ciencia, esa crítica del saber polémico que debe a la Teoría Egológica su integración a la problemática jurídica en el ámbito flamante de la gnoseología del error. Lo malo no es la crítica; lo perverso es la miseria humana de quien no obra con la responsabilidad de la verdad, pues "si es lamentable la ligereza científica, mucho más lamentable es una decepción de humanidad".

Tengo para mí que hay dos motivos poderosos para interpretar, sin riesgo, la visita de Kelsen de la otra manera, como un prólogo apenas, como el bello prólogo de una bella epifanía donde las voces graves del acompañamiento sinfónico van a ser dadas por el maes-

tro generoso, pero donde el *cantábile* de la partitura ha de ser modulado con acentos argentinos. Y si no me equivoco, entonces los estudiosos de nuestra tierra han de recordar por siempre, con emocionado agradecimiento, esta oportunidad munificente a ellos brindada por la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Que así podría ir desde ahora este mensaje a la persona con más títulos para recibirlo, el señor decano de la Facultad, doctor Carlos María Lascano, por haber promovido el acontecimiento con diligencia pródiga y voluntad sin falla.

Pues cabe preguntarse, por un lado, si Kelsen no tiene algo más que decir de lo que nos ha dicho; si su espíritu no recogió en los claustros argentinos alguna sugestión fundamental, suficiente de por sí para que su alma luminosa escriba con ella alguna nueva página para la posteridad. En tal caso no ha de pasar mucho tiempo sin que sepamos cómo prosigue la historia cuyo prólogo hemos tenido la suerte de vivir.

Pero hay otro motivo más tocante para abrigar esta creencia, y al que debo conferirle, a la par, el valor decisivo y el puesto de honor: Quienes han trabajado y trabajan con la Teoría Pura en la Argentina son los juristas egológicos; su alma está llena de leal veneración por el viejo maestro, porque aprendieron a repensar sus ideas, que es la única manera auténtica de mantenerlas vivas. Pocos o muchos, no importa; pero mientras eso siga sucediendo, la historia de la visita de Kelsen no ha terminado. Hay en la Teoría Pura un problema de la Teoría Egológica, y hay toda una juventud con el corazón inflamado por la egología que ha de decidir por sí misma su destino y no al dictado de los mentores de ocasión. Hay también un eco solidario con ella que ya resuena en Occidente en ambos lados de su mar océano. En todo esto sólo cuenta la obra científica que va quedando escrita cuando sus tesis reciben confirmación de la experiencia, por mucho

que sople en contra el viento de las argucias intencionadas. Cuántos son los que así trabajan, pocos o muchos, bien se sabe en la Argentina; y mientras eso suceda la historia de la visita de Kelsen no ha terminado. Cuanto más si el porvenir confirma la profecía de Brandao refiriéndose a la generación que en nuestro país está empeñada en renovar los estudios jurídicos: "La generación que merecidamente quedará conocida en la historia de las ideas por generación egológica".[17]

Cuanto más si no se equivoca Lois Estévez al señalar ya proyecciones de este modo: "La teoría egológica del Derecho, hace algunos años iniciada por Cossio en la Argentina, cuenta hoy con un excelente plantel de seguidores. Cossio ha logrado, pues, la constitución de una gran escuela jurídica hispana. El fenómeno no es corriente para nosotros. Es preciso reconocer que, con posterioridad al Siglo de Oro, no se ha producido hasta este instante. Ello sólo da idea de la fuerza de sugestión que la nueva teoría lleva consigo, pues ha sabido aunar los individualismos dispersos, que son una de las muestras más expresivas de nuestras características raciales. Cabalmente por esto, la teoría egológica significará en la cultura jurídica hispana un verdadero acontecimiento. El trabajo en *equipo* es nuestra necesidad científica primaria. Y desde ahora podremos albergar la esperanza de que ha de ser acometida con éxito".[18]

17 ANTONIO JOSÉ BRANDAO: *Teoría do saber juridico*, en "Boletim do Ministerio da Justica", núm. 10, pág. 411, Lisboa, enero de 1949.

18 JOSÉ LOIS ESTÉVEZ: Comentario a *La Coordinación de las normas jurídicas y el problema de la Causa en el Derecho*, de Carlos Cossio, en el *Anuario de Derecho Civil*, pág. 1467, Madrid, 1948.

INDICE

PROBLEMAS ESCOGIDOS DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

Capítulo I

Pág.

LA CIENCIA DEL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL NORMATIVA

Capítulo II

EL DERECHO COMO OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Capítulo III

EL DERECHO COMO ORDEN CONSTRICTIVO

Capítulo IV

EL DERECHO COMO ORDEN CONSTRICTIVO

(Continuación)

TEORIA EGOLOGICA Y TEORIA PURA

ACABOSE DE IMPRIMIR EN BUENOS AIRES,
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE
GUILLERMO KRAFT LTDA.,
SOCIEDAD ANONIMA DE IMPRESIONES GENERALES,
RECONQUISTA 319,
EL DIA VEINTE DE MARZO
DE 1952.

FE DE ERRATAS

Pág. 13.- Falta última línea:

reglas de derecho, que el principio de la causalidad res-

Pág.	*Línea*	*Dice*	*Debe decir*
94	6.ª	cuarta	tercera
95	2.ª	cuarta	tercera