

NORMA, DERECHO Y FILOSOFIA

por CARLOS COSSIO

I.—EL JURISTA, HOMBRE DE CIENCIA

Tomemos como punto de partida el hecho de que el jurista trabaja, en alguna forma, con normas jurídicas. Cuando desenvuelve su menester de científico salta a la vista, en efecto, con evidencia incontrovertible, que de una u otra manera se las tiene que haber con normas jurídicas y que estas normas, en algún grado, determinan y fundamentan sus conclusiones.

Esta labor de habérselas con normas jurídicas, que es también la voluntad de vivir honradamente, no dañar a un tercero y dar a cada uno lo suyo, de la fórmula clásica, tiene, por fuerza, que poder ser encontrada en toda decisión judicial. Pero esta labor se carga en el siglo XIX, con el signo de la verdad jurídica a raíz de la ontologización del derecho positivo que opera Savigny. Con esto queremos significar que desde que se advirtió que el derecho es un fenómeno histórico, la tentativa de concebirlo dogmáticamente tiene el sentido y es la aspiración teórica de enunciar una verdad científica, por cuanto se pretende simplemente decir algo sobre algo que es y tal cual es. Como este sér está dado fenoménicamente en la experiencia jurídica, el jurista no le pide otro justificativo que su existencia para apoyar su investigación en un pie de igualdad con los otros científicos de otras disciplinas.

Es importante para el filósofo tener presente que, desde hace siglo y medio, todo el esfuerzo intelectual de los juristas, en su pretensión de ser *hombres de ciencia*, se dirige al derecho positivo con aquel sentido de la verdad, aunque se trate de esa rarísima verdad que ellos habrán de llamar verdad dogmática o verdad normativa. Cualesquiera sean las adherencias que la doc-

trina de una escuela acople a aquel punto de partida en su propósito de conceptualizar integralmente el dato y cualquiera sea el juicio que ello le merezca a la crítica científica —pues bien se sabe que la historia de una ciencia no es sólo historia de verdades, sino que también es historia de errores—, existe aquel común denominador en el esfuerzo intelectual de un sinnúmero de estudiosos que el filósofo no puede desconocer sino bajo un prejuicio muy anti-filosófico sobre la extensión y la misión de la filosofía: máxime cuando aquel esfuerzo intelectual prosigue su desarrollo y se extiende hora por hora, con o sin el visto bueno de la filosofía, mostrando como resultado que se trata también de un saber acumulativo, es decir, de un saber donde lo enunciado por alguien no es simplemente materia de mera repetición ulterior, sino que sirve a quien lo repite como fundamento para construir algo más, y, a veces, en campos de la investigación que no son los originales donde nació aquel enunciado. Sin embargo, hemos de reconocer que este resultado del saber acumulativo en la teoría jurídica, debido, en gran parte, a la falta de éxito para obtener una teoría general del derecho, dista infinitamente de la amplitud que el mismo fenómeno tiene en una ciencia como la física, por ejemplo; así como también que ese fenómeno se presenta en el ámbito de la ciencia jurídica, con un tono de fugacidad y precariedad que da muy poca duración de vida a aquellas articulaciones de acumulación en el saber.

II.—LA PREGUNTA POR LA NORMATIVIDAD

Volvamos a nuestro punto de partida, es decir, al hecho de que el jurista trabaja, en alguna forma, con normas jurídicas.

Pero, ¿qué es una norma jurídica? Esta es la pregunta que se intercala naturalmente en este punto y este es el problema que será objeto de esta exposición.

Es claro que la definición del diccionario “norma es una regla de conducta”, no nos sirve de nada, pues se trata de una definición tautológica. En efecto, esta definición nos da un mero equivalente verbal, muy útil para hacerle saber qué cosas alcanza el concepto de norma a quien no tuviera noticias sobre ello; pero de ninguna manera nos aclara un ápice sobre la esencia de una norma. Acá se trata de saber qué es la normatividad, o sea, qué es lo que a una norma la hace ser norma; es decir, en qué consiste una norma y qué es lo que la constituye como tal. Y es obvio que carece de sentido responder que la normatividad consiste en una

regla de conducta. Por el contrario, es patente que en aquella equivalencia tautológica sigue en pie la misma pregunta, a saber: que es lo que a una regla de conducta la hace ser una regla de conducta.

III.—SER Y DEBER SER, EN KANT

Aunque el problema de la normatividad en general excede el campo circunscripto del derecho, proyectándose sobre toda la teoría de la conducta, de la cual el derecho es apenas una parte, vamos a presentarlo con limitación a las normas jurídicas. Y ello por varias razones: Primera, para no prejuzgar sobre una teoría general de la conducta, que todavía está por hacerse en la filosofía. Segunda, porque si se trata de una misma esencia, puede ser aprehendida suficientemente en cualquier zona donde ella se corporeice, brindando la oportunidad de ofrecer una guía a la investigación ampliatoria que habría de verificarla en las otras zonas. Y tercera, por la notoria conveniencia para la filosofía de estudiar este problema sobre los datos que suministra una ciencia que trabaja sobre dicha esencia, bajo el control, voluntario o involuntario, de su rigor metódico, de sus exigencias sistemáticas y de su verificación empírica.

Veamos, pues, cómo encontramos en la ciencia dogmática del derecho el problema de la normatividad; es decir, mostremos qué es, según los juristas, lo que a una norma la hace ser norma.

Para ver nuestro problema con la máxima claridad, partamos de la manera, harto diferente, como se expresan una ley natural y una ley jurídica, ya que, sobre el hecho de esta diferencia, hay una opinión unánime entre los juristas.

La ley natural se reduce al siguiente enunciado esquemático: *Dado A, es B*; en tanto que la ley jurídica se ofrece con este otro: *Dado A, debe ser B*. La circunstancia de que el derecho implica deberes (obligaciones, prestaciones, etc., sin entrar a detallar los matices de esta terminología), es decir, de que las proposiciones o normas jurídicas siempre enuncian algo que *debe* hacerse, vuelve inexcusable en ellas el uso del verbo deber o de algún giro conceptual equivalente que lo reemplace. Entre la ley natural y la ley jurídica hallamos, así, la oposición filosófica entre el *sér* y el *deber ser*, la que si bien se hace temática en la historia del pensamiento humano, con Kant, está necesariamente latente en toda reflexión jurídica desde la más remota antigüedad. Kant, en efecto, comprende por primera vez que *el fundamento* de la mo-

ralidad en general, es decir, de aquello que debe de hacerse, no está en los hechos (en lo que es: positivismo; ni en lo que ha sido: historicismo; ni en lo que será: evolucionismo), pues cuando determinamos lo que debe ser, pensamos en su valor como intrínseca calidad, válida por su significado de dignidad o preeminencia humanas. Kant, pues, quería determinar en qué consiste lo moralmente bueno en sí y de por sí. O dicho de otro modo: intentaba elucidar qué es el bien y qué es el mal, y para ello colocó este problema en el ámbito del deber ser como diferente e independiente del ámbito del ser.

Con esta distinción entre el ser y el deber ser no se ha adelantado todavía, es verdad, ni un punto en resolver en qué consiste una norma, pues para ello hay que aclarar, como indicamos, qué es la normatividad; pero, en cambio, esa distinción es suficiente para hacer ver la justeza del esquema simbólico *Dado A, debe ser B* como esquema de toda norma en general. Sobre este punto de partida nuestro problema consistirá, por consiguiente, en mostrar cómo han entendido los juristas ese *debe ser* que sirve de ligamento entre los términos *A* y *B* del esquema normativo completo.

IV—JUSNATURALISMO, IMPERATIVISMO Y SOCIOLOGISMO

Hasta antes de Kelsen los juristas entendieron de dos maneras principales el significado del vocablo *debe ser*, que integra el esquema de la norma jurídica. Son las posiciones jusnaturalista e imperativista.

1º El jusnaturalismo entiende el vocablo *debe ser* de aquel esquema como algo intrínsecamente valioso, es decir, como un puro valor de sentido absoluto, por ejemplo la justicia, la felicidad, la conservación de la especie, el bien común, etc. La normatividad es ese valor porque esto es lo que debe ser; ese valor es lo que a una norma la hace ser norma. Por su sentido intrínseco este valor, cualquiera sea, es absoluto porque se muestra valioso de por sí siempre y en cualquier circunstancia y porque se ofrece como un último fundamento o punto de partida para el contenido de la normación, más allá del cual es imposible retroceder. En efecto, carece de sentido preguntarse por el fundamento de este valor, porque la respuesta ya está dada dentro de él mismo, de manera que en habiéndolo alcanzado, se ha llegado al eslabón final de la cadena de interrogaciones que la reflexión pudiera hacer.

La fundamentación jusnaturalista, como bien se sabe, en metafísica, tanto cuando se invoca deductivamente la inteligencia o la voluntad de Dios (Tomás de Aquino, Suárez, etc.), para asegurar el carácter absoluto del valor en que consistiría la normatividad, como cuando se invoca de igual manera la naturaleza humana (Grocio, Tomasio, etc.). En ambos casos esta metafísica es la vieja metafísica racional, irremediablemente invalidada por la "crítica de la razón pura", porque ni la inteligencia de Dios, ni la voluntad de Dios ni la naturaleza humana, que se invocan, así determinadas, como sendas realidades, son cosas de las que haya alguna intuición sensible que las abone; con lo cual se comete el doble pecado de confiar en que la pura razón puede atestiguar la existencia de algo y de creer que hay un camino sin solución de continuidad desde la experiencia normada que vive el jurista, hasta aquel su fundamento real y esencial que el intelecto habría de afirmar sin más fuerzas que las del intelecto mismo.

La consecuencia que tiene este planteamiento jusnaturalista para la teoría jurídica, es que arruina la posibilidad de la Ciencia Dogmática en que creen y trabajan los juristas, pues la ciencia de éstos lo es del derecho positivo. En efecto, con el papel que así vendría a jugar la norma, el jurista pierde su neutralidad de científico, porque la norma resulta como un cristal de color que tiñe con su propio color la visión de los datos de la experiencia. Ya que el problema para el jurista no estaría en la experiencia como fuente dadora de valores, sino en la norma, resultaría que lo que la experiencia axiológica le entrega tiene que aparecer teñido con el valor presupuesto en la norma, de tal manera que si hay conformidad de valores entre el de la experiencia y el de la ideología metafísica, la experiencia resultará no como ella es, sino reforzada y ensalzada, y si no hay conformidad, se producirá algún cambio como en los colores complementarios tan conocidos en el fenómeno óptico por el cual la experiencia axiológica resultará denigrada y negada. Esto quiere decir que el valor presupuesto en la norma le impedirá al jurista ser neutral frente a la experiencia, porque en vez de aprehender y recoger datos axiológicos, los desfigurará con esa norma así concebida. Obviamente la neutralidad gnoseológica del científico, que aquí se perdería, es un requisito inexcusable de cualquier ciencia.

Desde el punto de vista práctico esto viene a significar que un juez no debería aplicar una norma de derecho positivo, aunque

se tratara de una ley sancionada dentro de las atribuciones constitucionales, si esa ley violentara los principios del derecho natural, porque en esas condiciones esa ley no sería de verdad ley sino que solamente tendría apariencia de ley, pues para ser ley debería de estar de acuerdo con ese valor, que es el que la haría ser norma (1). Contra esto la crítica filosófica puede señalar, sin ninguna dificultad puesto que la noción de ciencia reclama *a priori* la exclusión de toda contradicción, que semejante juez, puesto en el caso, habría de dictar su sentencia con vivencia de contradicción desde el momento que él es juez por virtud del derecho positivo y no por virtud del derecho natural: la aceptación de su investidura involucra la aceptación de ese derecho que habría de negar en su desempeño; y la aceptación de la ideología jusnaturalista se coordina sin contradicción, sólo con la renuncia de su cargo en semejante emergencia.

2º El imperativismo es una concepción mucho más importante, hoy en día, habida cuenta de la quiebra en que está la postura jusnaturalista dentro del mundo científico-dogmático. Implicado tácita o expresamente en el llamado positivismo de la ley, aunque desde mucho antes acogido en el seno del jusnaturalismo como obediencia al príncipe, cobra significación autónoma al nacer la ciencia dogmática en el siglo XIX, siendo todavía la doctrina dominante.

El imperativismo entiende el vocablo *deber ser* del esquema normativo, como una orden o mandato. Lo que a una norma la hace ser norma es el hecho de que la norma es una orden dada por el órgano jurídicamente competente; así, las leyes son órdenes dadas por el legislador; con lo cual la teoría de la norma, asentándose sobre los hechos, tendría un sentido empirista y se enlaza con el esfuerzo de los positivistas de la ley, quienes ven las leyes, por estar anticipadamente dadas a la reflexión del jurista, como otros tantos hechos. Notemos en esto la circunstancia, grávida de consecuencias, de que los positivistas de la ley excluyen todos los otros hechos, es decir, que excluyen de su consideración los verdaderos hechos, a saber, los sucesos y cosas del mundo que nos llegan por conducto de nuestra percepción externa o interna. Entre estas consecuencias —por haber hecho de la ley una

(1) Puede verse en la revista *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, año 1940, tomo 71, págs. 850 y 851, en acuerdo plenario de las cámaras de apelación, el voto del camarista doctor Tomás D. Casares, con afirmaciones de este género. Por lo demás, esta es la doctrina de los autores católicos ortodoxos.

casta de hechos que no se parece a la de los verdaderos hechos y aunque esta mortal inconsecuencia para la doctrina fuera una imposición de la verdadera naturaleza de la ciencia dogmática—, está la consecuencia de que por aquí se permite el retorno del racionalismo jurídico (un racionalismo lógico, no un racionalismo metafísico como el del jusnaturalismo) y su convivencia rivalizante con el empirismo jurídico, dentro de nuestra ciencia, como lo acredita la historia de las ideas jurídicas durante el siglo XIX y lo que va del actual. En efecto, sobre el hecho de la ley podrá privar la búsqueda de un auténtico hecho (empirismo exe-gético) o el análisis de la enunciación legal misma (formalismo dogmático); lo último es un racionalismo lógico del desempeño del jurista porque el plano de la enunciación legal, como veremos, es un plano meramente conceptual.

Volviendo a nuestro tema, insistamos en que el imperativismo entiende el vocablo *deber ser* del esquema normativo, como una orden o mandato. Esta es la esencia de la normatividad; esto es la normatividad para la visión de los científicos del derecho positivo. El vocablo *deber ser* sólo expresa esta naturaleza de las leyes, de ser órdenes o mandatos del legislador; con lo cual la eficacia o vigencia jurídica —nota esencial a la noción de derecho positivo— viene a fundirse con el acto de obedecer o no, acto, éste, de naturaleza simplemente moral desde que en la obediencia sólo hay un hacer frente a un omitir; y acto que, así colocado como fundamento, disolvería el derecho en la moral poniendo en bancarrota el sentido de la autonomía del derecho que condiciona la posibilidad de constituir en ciencia a la dogmática.

Conocidos son los pseudo-problemas y aporías que ocasiona el imperativismo a la teoría jurídica. Por ejemplo: la ley es igualmente obedecida, no matando, como matando y yendo a la cárcel; pero después de haber puesto el problema en el ámbito moral, es claro que la segunda posibilidad de la alternativa no cabe como voluntad moral del Estado si al propio tiempo es sanción y, con ello, voluntad del Estado; con lo cual se ve que: o el concepto de sanción es inesencial al derecho, contra la evidencia de la experiencia y las conclusiones de la doctrina más calificada; o el arraigo del derecho en la moral significa una moralidad sin moralidad. De la misma manera se hace, por un lado, deductivamente afirmable, y, por otro, revela su intrínseca contradicción, la proposición de que quien quisiera ser encarcelado está jurídicamente facultado para matar: aquí, si la facultad es la obedien-

cia a la ley, de ninguna manera se contradiría el facultamiento que otorga la ley en cuanto se cumpliera su orden de ir a la cárcel; pero si la facultad es una humana realidad de sentido cuyo concepto se esclarece autónomamente por el concepto correlativo de deber jurídico, en ninguna parte encontramos a la ley imponiendo a alguien el deber de dejarse matar frente a quien quisiera ir a la cárcel.

En todo esto vemos a la concepción imperativista de las normas zafándose y desligándose del problema de la positividad o facticidad del derecho, para poder redondear su construcción. Pero examinando los fundamentos del imperativismo, nada cuesta ver que las normas jurídicas no son órdenes en su esencia. Pues sentada la tesis de que son órdenes, nos asombrará saber que los juristas no parecen haberse preguntado qué es una orden. Han trabajado pre-temáticamente sobre este punto de partida como sobre una evidencia simple y directa que no han problematizado ni investigado.

Sin embargo, a estar a modernas investigaciones fenomenológicas realizadas en el campo jurídico por estudiosos tan solventes como Reinach, tendríamos que una orden resulta ser un fenómeno real, un hecho social, interpsicológico por lo tanto, puesto que es social, en cuya virtud una persona de carne y hueso emite una indicación con el propósito de influir en la conducta de otra, requiriéndose además que esta segunda persona capte y comprenda eso que se le emite en su sentido de ser una orden. Es un problema de sentido: la persona que recibe esa indicación no la comprende como algo que uno pide o ruega, sino que tiene que captarla como orden, es decir, tiene que comprender que se le imparte una indicación imperativa para influir en su conducta. Claro que no es necesario, para que exista una orden, que el segundo agente cumpla lo ordenado, porque se pueden desobedecer las órdenes; pero sí es necesario que haya dos personas que entren en esta correlación psicológica, y en tanto que una imparte una indicación con el ánimo imperativo de incitar y provocar la conducta de la otra, así con esta significación imperativa, tiene que ser captada por la otra, aunque la desobedezca. Quiere decir, entonces, que si falta alguno de estos dos sujetos, no se puede hablar de una orden: habrá cualquier otra cosa, pero no el fenómeno real de una orden.

Justamente esto es lo que pone en quiebra la tesis imperativista de que las leyes son órdenes, porque queda claro que, en

rigor, no se pueden dar órdenes a las generaciones venideras, mientras que hay leyes que son para las generaciones venideras. De la misma manera, la ignorancia de la ley, que el derecho no excusa, no cabe dentro de las posibilidades fenoménicas de una orden: sería la contradicción de cumplir o desobedecer una orden que nadie ha recibido. Y si la norma es consuetudinaria, habría que referirse a una orden que nadie ha impartido.

Renovando su antigua polémica contra el imperativismo, recientemente Kelsen ha echado mano de estos argumentos fenomenológicos de manera tan aguda, que vale la pena tenerlos presentes: “En el sentido propio de la palabra, existe un mandato únicamente cuando un individuo particular emite y expresa un acto de voluntad. En el sentido propio de la palabra, la existencia de un mandato presupone dos elementos: un acto de voluntad que tiene por objeto la conducta de otra persona, y la expresión del mismo por medio de palabras, gestos u otros signos. Un mandato subsiste únicamente en tanto perdura la presencia de estos dos elementos. Si alguien me manda algo y si antes de ejecutar lo ordenado tengo la evidencia de que ya no existe más el acto de voluntad subyacente —la evidencia puede provenir del fallecimiento del individuo que dio la orden—, entonces no estoy realmente en presencia de ningún mandato, aunque aún subsista la expresión del mandato, como ocurre, por ejemplo, si el mandato está por escrito” (1).

Ahondando en la descripción fenomenológica de la orden, nada cuesta ver cómo se desliza subrepticamente otra referencia objetual y cómo cambia de significado el vocablo “orden” cuando los juristas dicen que las leyes son órdenes del legislador. En efecto, si una orden, en su sentido auténtico, es correlativa a la obediencia o desobediencia, no podemos eliminar de esta estructura al sujeto que ordena ni al sujeto que obedece o desobedece. Por consiguiente, en la estructura completa tendríamos: 1º El sujeto que da la orden. 2º La orden misma como expresión de un sentido imperativo dirigido a la conducta de otro sujeto. 3º El sujeto que recibe la orden (la comprende como tal) y que la obedece o desobedece. 4º La obediencia o desobediencia mismas, como el hacer o no hacer lo ordenado.

(1) Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 32. (Cambridge, Mass. 1945, Harvard University Press). En igual sentido puede verse de Kelsen *La Teoría pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica*, en el volumen *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, p. 220, Buenos Aires, 1946, Losada, S. A.

Como se ve, el sujeto que recibe la orden, sin que quepa una tercera posibilidad, tiene que obedecerla o desobedecerla. Con esto se dice que, puesto en el caso, él es un obediente o desobediente. Así se usa la expresión en la vida diaria y también en la vida jurídica cuando el contenido de una norma es una auténtica orden; por ejemplo en la relación administrativa jerárquica de jefe a subordinado. En todos estos casos el transgresor lo es por desobediente, señalándose con ello la decisión de voluntad de no cumplir lo ordenado; decisión que no nos interesa considerar en relación con el dolo ni la negligencia, sino sólo en su oposición consciente a la conciencia de lo ordenado cuando el transgresor recibió y comprendió la orden. También en el caso de incumplimiento por culpa o negligencia, hay la decisión de no hacer en el momento lo que acaso más tarde ya resulta imposible ejecutar.

Y bien, ¿puede decirse que el inquilino que al final del mes no paga su alquiler, por absoluta falta de dinero, es un desobediente? ¿Y es por desobediente, acaso, que el marido a quien le sobreviene una impotencia sexual no cumple su débito conyugal sancionado quizás con divorcio? Como no podemos aceptar que haya una desobediencia sin un desobediente, salvo que subrepticiamente se altere el significado del vocablo "orden" en la estructura existente entre una orden y la obediencia o desobediencia, no podemos aceptar que, en situaciones como las referidas, se desobedece lo que la ley ordena, ni que haya en ello propiamente una orden del legislador. Por el contrario, nos parece que se refleja mejor la verdad de las cosas viendo en esas presuntas obediencia y desobediencia otros tantos hechos de conducta únicamente expresados y mentados por la ley, cada uno con su correspondiente sentido jurídico a comprender y también expresado conceptualmente en la expresión legal que mienta los hechos como hechos *de conducta*, por más que, según veremos más adelante, esta versión conceptual del sentido sea parte integrante del sentido axiológico completo en la unidad del objeto jurídico que se constituye dialécticamente con el sentido completo (sentido axiológico de la conducta) y el substrato de ese sentido (el *factum* de la conducta en interferencia intersubjetiva).

Estos argumentos, apenas hoy plenamente desenvueltos, cuya fuerza viene de la descripción de los hechos, y el hecho incontrovertible de que los súbditos muchas veces no cumplen los deberes jurídicos, sino que, precisamente, son los transgresores, llevaron a ciertos autores a afirmar que las leyes son órdenes, no para el

público, sino sólo para los órganos, en particular para los jueces. Sin duda que no se puede decir que las órdenes sean el fenómeno real que se da en el comportamiento de los transgresores, dentro de la estructura eidética orden-desobediencia que hemos comentado. Y aunque, como lo aclara esta estructura, la ley no haya funcionado sobre el homicida como orden ninguna, el homicida es juzgado de acuerdo a las leyes que legislan sobre homicidio, pues dogmáticamente es indiferente cómo ellas han actuado en la realización del homicida.

Si la mejor refutación de una doctrina consiste en su inadecuación con la realidad que trata de sistematizar, cuando esta inadecuación emerge del simple desarrollo de sus propias premisas, hay que concluir que esta forma restringida del imperativismo (donde las normas serían órdenes sólo para los funcionarios) es todavía más inaceptable que el imperativismo generalizado. En efecto, puesto el derecho en las normas y siendo la normatividad la orden o mandato de unos funcionarios sobre otros, la experiencia jurídica traducida por las normas así entendidas, no resultaría ser un fenómeno del hombre en sociedad, sino sólo de los funcionarios: vendría a ser un conjunto de órdenes de ciertos funcionarios para otros funcionarios, pero no un fenómeno amplia y connaturalmente social; conclusión que, por cierto, ha de rechazarse sin titubeos. Por lo demás, el argumento por sí mismo llega al absurdo, pensando en la desobediencia de los funcionarios que reciben la orden cual si fueran súbditos transgresores, en cuyo caso habría que pensar en los jueces de estos funcionarios y referir las órdenes a dichos jueces solamente, y luego, ante la posible desobediencia de los jueces, habría que referirse sólo a los jueces de los jueces; y así, circunscribiendo cada vez más el ámbito social donde aparecerían realmente las órdenes, habríamos de referirnos únicamente al funcionario supremo como dador y ejecutor de sus propias órdenes, con lo cual se habría destruido el concepto que servía de punto de partida a la conceptualización —en concepto orden—, porque nadie puede darse órdenes a sí mismo.

La verdad es que no toda orden obliga en el sentido en que se habla de obligaciones en el derecho: piénsese en la orden que nos da un ladrón cuando nos reclama la entrega de nuestra cartera. Y la verdad es, también, como ocurre en la relación jerárquica entre un funcionario subordinado y su superior, que la orden nos obliga cuando ella es una norma, con lo cual se significa

12

que el funcionario superior está autorizado o facultado por el ordenamiento jurídico para dar órdenes al inferior. En este caso la orden, como fenómeno social y con todo su proceso psicológico, crea una norma individual que es lo que obliga al funcionario subordinado y que es lo que puede subsistir aunque la voluntad del funcionario superior haya desaparecido, porque lo que se ha creado, como luego veremos, es una significación jurídica. De todas maneras ya en esto se ve que la norma no obliga por ser una orden, sino que la orden obliga por ser una norma; con lo cual se aclara que el concepto de norma es previo e independiente del orden; es decir, que no se puede afirmar que lo que a una norma la hace ser norma, es el hecho de ser una orden.

3º Todavía hemos de referirnos al positivismo sociológico de Duguit como otra tentativa dogmática de elucidar en qué consiste la normatividad. El intento de Duguit ha quedado aislado y marchito en el curso seguido por la ciencia del derecho; pero si lo traemos a cuento, es por su significación: aquí se quiere reducir la normatividad a un hecho, a un verdadero hecho, a uno de esos hechos sensibles que caen en el dominio directo de nuestros sentidos como percepciones de la experiencia, por mucho que su observación reclame un aparato técnico determinado. No se trataría del hecho de la ley, sino de un hecho social.

Duguit parte del hecho social de la solidaridad, precisada a la manera de Durkheim, para invocar luego la regla de derecho o norma jurídica como otro hecho social. En esta construcción, para poder afirmar que la norma es un hecho, tiene que ser reducida a la solidaridad, punto que hemos de examinar para juzgar la doctrina de Duguit.

Si la solidaridad es lo que hacen los hombres en razón de sus deseos comunes (solidaridad mecánica) o en razón de sus deseos y aptitudes diferentes mediante una división del trabajo social (solidaridad orgánica), es cierto que la solidaridad es un hecho porque a semejante hacer se lo intuye. Pero no basta engarzar sobre esto la afirmación de que las normas de conducta *deberán* tender únicamente a conservar la solidaridad o a impedir que se haga algo que resulte atentario a la solidaridad del grupo social, para que la norma resulte un hecho de la misma clase que la solidaridad, algo así como una concreción específica de este fenómeno. El recurso forzoso al verbo *deber* que se hace en este punto, nos está advirtiendo del salto que se da. Dice Duguit: "La regla normativa de derecho o norma jurídica propia-

mente dicha, es la regla que impone una determinada abstención o una determinada acción, a todo hombre que vive en sociedad. Ella ordena o prohíbe" (1); en lo cual se comprende que si bien vemos las ejecuciones o abstenciones en que consiste la conducta, no vemos ni intuimos de ninguna manera la regla que impone semejantes cosas. Duguit cae, acá, en el pecado de los positivistas de la ley a que ya nos hemos referido, acoplando "el hecho de la ley" a un verdadero hecho como es la solidaridad y efectuando una investigación que puede tener valor para la sociología jurídica, pero que no lo tiene para la ciencia dogmática, pues con haber establecido que la solidaridad es el contenido de la norma o regla de derecho, no nos ha dicho cuál es el ser de la norma, a saber: qué es lo que a la norma la hace ser norma. Bien se sabe, en efecto, que mediante una relación causal no podemos reducir la forma al contenido, tal como resulta inútil de la materia marfilina de una bola de billar y de sus propiedades físico-químicas, querer derivar su forma esférica y las propiedades de esta forma que enuncian las demostraciones geométricas.

Examinando más detenidamente la relación entre solidaridad y norma sobre que trabaja Duguit, y haciendo temático todo lo que en él no lo es, nada cuesta ver la imposibilidad en que se encuentra y cómo traiciona su propósito de atenerse a los verdaderos hechos.

En efecto, referirse científicamente a los hechos de la naturaleza, y en general a los entes que no sean la plenaria vida viviente del hombre, significa pensarlos y concebirllos con la lógica del ser. La referencia significa siempre pensarlos en lo que *son*, como algo dado al sujeto cognoscente que no es el propio sujeto. Pero frente a un dato estimativo que sea un deber ser existencial, como es el caso de la conducta humana considerada como conducta, es decir, frente a la conducta en su libertad, la lógica del ser lleva a esta alternativa: o transforma el valor del dato en metafísica, o la facticidad del dato jurídico en moralidad. En ambos casos la lógica del ser resulta un instrumento inadecuado para hacer ciencia sobre aquel dato, porque, al alterarlo de una u otra manera, ha hecho perder la neutralidad conceptual que presupone el trabajo científico, dirigido por las exigencias de respetar y conservar los datos tal como se dan.

Con la lógica del ser, el nexo entre solidaridad y norma ju-

(1) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, p. 36. París, 1921, Boccard.

rídica, sobre que trabaja Duguit, tiene que tomar alguna de estas formas:

a) La norma debe ser, porque es la solidaridad. Aquí la solidaridad es un hecho valioso; pero la positividad o facticidad de la norma, enunciada con el verbo deber ser, es su obediencia; lo que, como ya hemos señalado, es un problema moral. Consecuencia: el *factum* jurídico ha sido transformado en moralidad.

b) La solidaridad debe ser, porque es la norma. Aquí la norma sería un hecho (aunque a la verdad, intuitible); pero la solidaridad, enunciada ahora con el verbo deber ser, pasa a ser un ideal verdadero y absoluto que se nos presenta como una exigencia axiológica: Consecuencia: el valor empírico del dato ha sido transformado en metafísica: quedándonos en el valor del dato, que ya es, no tiene sentido decir que debe ser; y si esta exigencia de que debe ser no proviene de la experiencia, hay que ir a buscarla más allá de la experiencia. Un ideal racionalmente determinado no puede fundar una ciencia positiva.

c) La norma es, porque es la solidaridad. Pero esto sólo nos dice que la norma es solidaridad; en lo cual, avanzando sobre la irreductibilidad recíproca de materia y forma a que ya hemos aludido, tendremos ocasión de ver más adelante que la solidaridad es uno de los contenidos axiológicos que mienta la norma en una forma muy típica de conceptualización.

De todas maneras, es lo cierto que con las dos primeras maneras de plantear la relación entre solidaridad y norma, hemos salido de los datos sobre los que trabaja la ciencia dogmática, porque a ésta no le interesan ni la obediencia ni la metafísica; y con la tercera no estamos frente a una enunciación normativa, como debería de ser para permanecer fieles a nuestro asunto, sino frente a una enunciación entitativa llena de proyecciones insospechadas para Duguit.

V.—TEMATIZACION DE LA PREGUNTA

El problema de la normatividad es pre-temático para el imperativismo y el positivismo sociológico; también lo es para el jusnaturalismo, aunque en mucho menor medida. Para los juristas, colocados en uno u otro de estos ángulos, más es un supuesto latente o una base que vienen a tener por admitida, que no un asunto elegido como punto de partida de su pensamiento después de habérselo planteado y fundamentado. Puede, sí, ser desentrañado de sus construcciones por quien analiza sus teorías ju-

rídicas; pero en vano se buscará que ellos lo expongan expresamente o que tengan respuestas para las objeciones que suscita en la reconstrucción crítica del conocimiento jurídico. Rasgo común de todas estas posiciones pre-temáticas es que se procede a la investigación de la normatividad del ámbito de la lógica del ser. Con esto queremos decir que las tres escuelas más arriba estudiadas consideran la norma como una cosa separable y separada de la conducta que acaece, como algo que fuera por aparte un ente a conocer jurídicamente, dado al conocimiento jurídico como el término objetual de su actividad captadora o aprehensiva; ente que tiene su realidad subsistente y conclusa frente al jurista que lo conoce, tal como, para el realismo científico, existe una piedra o un árbol con independencia del hombre que los investiga y aunque este realismo sólo resulte inteligible a la luz de un idealismo trascendental (1).

El problema de la normatividad comienza a hacerse temático con Kelsen, para llegar, con la teoría egológica del derecho, a la plenitud de su desarrollo y al desocultamiento de todas sus implicaciones. El resultado de esta nueva dirección de la investigación es hacer ver que de la norma sólo cabe un conocimiento lógico, pero no un conocimiento jurídico, como se creía. La norma no puede ser objeto del conocimiento jurídico porque ella misma es ese conocimiento jurídico, de la misma manera que la ley de la gravitación de Newton no es objeto del conocimiento físico porque dicha ley es, ella misma, conocimiento físico. El objeto del conocimiento físico son, en este caso, los cuerpos que pueblan el espacio. Así el objeto del conocimiento jurídico será la conducta humana enfocada desde cierto ángulo particular.

A poco que se medite sobre la diferencia que hay entre buscar un conocimiento jurídico de la norma y buscar de ella un conocimiento lógico, se comprenderá cuán radical e inmenso es el giro que se imprime a la investigación. De la primera manera, la norma como objeto de conocimiento se cosifica y su esencia —la normatividad— habría de ser siempre una esencia entitativa de la correspondiente región óntica (voluntad de Dios, orden, hecho social, etc.). De la segunda manera, la norma como objeto de conocimiento es un objeto lógico, vale decir, un concepto; y su

(1) El jusnaturalismo tampoco escapa a este planteamiento. Dice así Joaquín Ruiz-Giménez que cuando hablamos de derecho, norma, orden jurídico, etc., nos encontramos con la "noción de una realidad que afecta de determinada manera a la conducta humana" (*Introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana*, p. 65. Madrid, 1945, Ed. Espasa).

esencia sólo resulta una típica estructura conceptual del juicio, que el lógico analiza como cualquier otro problema de lógica pura.

Se impone, pues, comenzar exponiendo la contribución de Kelsen en este problema.

VI.—LA TRIPLE CONTRIBUCION DE KELSEN

Kelsen entra en materia contraponiendo directa y simplemente su concepción a la concepción imperativista dominante: la norma como juicio hipotético, por un lado; la norma como imperativo, por otro. Refuta también, es verdad, en forma muy minuciosa, la tesis imperativista por sus absurdos e insuficiencias; pero, ¿en qué apoya su propia tesis? ¿Cuál es su razón de verdad? Como Kelsen entra directamente a trabajar sobre aquella base, sin hacer previamente una exposición sistemática en torno a estas preguntas, la respuesta que demos sale, en parte, del conjunto de la teoría pura del derecho, que es su desarrollo; y en parte, para todo aquello que en Kelsen resulta también pretemático, de una interpretación de la teoría pura que aclare su alcance y significación a la luz de la experiencia jurídica.

Destaquemos, primero, las tres afirmaciones capitales contenidas en la tesis de Kelsen:

a) La norma es un juicio. Frente a la legalidad natural, que se enuncia con el esquema logístico: *Dado A, es B*, la legalidad jurídica se expresa con este otro esquema: *Dado A, debe ser B*. Por lo tanto, si la norma es un juicio, estamos enfrentados con un problema de pura y simple lógica, ya que el juicio es el objeto por excelencia de la investigación lógica. Con todo, aquellos esquemas hacen ver que, en un caso, el juicio es enunciativo y, en el otro, el juicio es imputativo: allá se afirma lo que es y acá lo que debe ser. Esta distinción radical entre los juicios da la base para desarrollar, sobre la primera especie, una lógica del ser; y sobre la segunda, una lógica del deber ser.

b) De esto resulta que la teoría pura del derecho entiende el vocablo *deber ser* del esquema normativo, como un nexo lógico o cópula entre los otros términos del juicio. El *deber ser* es un nuevo verbo que, como concepto funcional, reemplaza al verbo ser de los juicios enunciativos. Este nuevo verbo juega un papel paralelo o similar al que desempeña el verbo ser entre el sujeto y el predicado de una proposición en la lógica formal del ser. El verbo deber ser no alude absolutamente para nada a las calida-

des intrínsecamente valiosas de aquello que se afirma que debe de ser; simplemente expresa una neutra relación de lógica formal con la que se constituye una típica especie de juicios. El planteamiento kelseniano alcanza y completa toda su significación en el plano de la lógica formal, por lo cual el desarrollo de la teoría pura, en la medida en que permanezca fiel a su punto de partida, resultará una lógica del deber ser y, en especial, una lógica jurídica formal.

Con esto se ha resuelto la pregunta sobre la normatividad. La normatividad está en el verbo deber ser. La normatividad es la imputación lógico-formal. La normatividad consiste en la copulación que expresa el verbo deber ser. Lo que a una norma la hace ser norma es esta estructura imputativa de la proposición, completamente diferente de la estructura enunciativa. La norma se constituye con este deber ser lógico, dado como objeto a la investigación puramente lógica, que no puede confundirse con el deber ser axiológico (lo que vale por su intrínseco valor), ni con el deber ser existencial (la libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta y que siendo algo, no puede sin embargo concebirse como un ser, por ser creación). El deber ser lógico cae en una ontología formal de naturaleza ideal como los objetos matemáticos, en tanto que el deber ser axiológico y el deber ser existencial están signados, en alguna manera, de realidad o existencia entitativas.

Destaquemos también que, una vez descubierto el verbo deber ser como cópula lógica, la tesis de Kelsen de que esto es la normatividad, se apoya en una intelección o intuición intelectual. Una reducción fenomenológica del asunto hace ver, con entera y directa evidencia, que entre la normatividad como concepto y el deber ser copulativo como objeto de conocimiento, hay una adecuación eidética total y completa. Entre este deber ser y la norma, hay sólo una adecuación parcial semejante a la que hay entre el triángulo que dibujamos y el triángulo a que se refiere la geometría, porque la norma tiene otros componentes además de aquella cópula; pero entre ese deber ser y la normatividad, hay una adecuación completa de intuición intelectual y concepto.

c) Por último, se señala el carácter *hipotético* de la norma como juicio. Esto alude a la tradicional clasificación de los juicios desde el punto de vista de su relación, que estudia la lógica formal. Se trata de esclarecer la significación de estructura con que se presenta un juicio cuando investigamos cómo está relacionado

con otro constituyendo una significación única, la que se integra, por lo tanto, no sólo con lo enunciado por el juicio en cuestión, sino también por la estructura en que éste se encuentra y que está determinada por la relación con el otro juicio a que se lo refiere. Sea el juicio *S es P*. Si buscamos un otro juicio para determinar la relación y en el ámbito lógico no se encuentra o no se pone ninguno más, el juicio *S es P* sigue intencionalmente referido a la relación y aparece, como estructura de relación, como un juicio *categorico*: *S es P* es el esquema de un juicio categorico por su relación. Si en el ámbito lógico encontramos o ponemos otro juicio que funciona como condición del juicio *S es P* que consideramos, en el sentido de que la validez de la enunciación *S es P* depende de la realización de lo que enuncia el otro juicio, entonces *S es P* es un juicio hipotético por su relación; el esquema es el siguiente: *Si A es B, S es P*. Por último, si en el ámbito lógico encontramos o ponemos otro juicio que se relaciona con *S es P* en la forma de una alternativa por uno o por otro, entonces *S es P* es un juicio disyuntivo por su relación. La disyunción puede referirse al sujeto, y entonces tenemos el esquema *S o R es P*; la disyunción puede ser también predicativa por referirse al predicado, y entonces el esquema es este otro: *S es P o Q*; por último, la disyunción puede ser proposicional por referirse a todo el juicio, en cuyo caso el esquema es el siguiente: *S es P o Q es R*. Esta última especie reclamará nuestra atención más adelante.

Con substituir en todo esto el verbo ser por el verbo deber ser y referirnos a los juicios hipotéticos, tenemos aclarado qué es lo que quiere decir Kelsen cuando afirma que la norma jurídica es un juicio hipotético.

“Si alguien matare a otro, el matador debe ser encarcelado”, nos dice el Código Penal. Se afirma acá que el matador — y no su hijo ni aquel mozalbete de los palmetazos que recibía los castigos a que se hacían acreedores los infantes españoles— debe ser encarcelado; pero la validez de esta enunciación está subordinada a la condición que enuncia el primer juicio de esa norma, a saber: que el hombre que debe ser encarcelado haya matado a otro. Solamente cumplida esta hipótesis que juega inescindiblemente como condición en una significación única determinada por la estructura relacional total, solamente entonces vale jurídicamente lo que se afirma que debe ser.

Tal es, en síntesis, la contribución de Kelsen a nuestro problema. Por sobre todas las cosas, su mérito está en haber llevado el asunto al plano de la lógica. Dotado de un espíritu con excepcional sensibilidad lógica, jamás se desvía de este ángulo de enfoque, al que resulta fielmente temático, inclusive en la naturalza de sus equivocaciones. Mas, acaso por esto mismo, sus finísimos análisis se suceden sin interrupción como una flecha luminosa, dejando en la penumbra de lo pre-temático problemas capitales de la teoría jurídica que gravitan sobre la construcción de la lógica jurídica y que, en última instancia, tienen que llevar a Kelsen a una desinteligencia consigo mismo.

La teoría egológica acepta, sin reatos, el punto de partida kelseniano. Llevar el problema de la norma al plano de la lógica formal, ha significado no sólo hacer temática la cuestión, sino también resolverla. Ya hemos aludido a la adecuación eidética completa que hallamos entre normatividad como significación y deber ser lógico como intuición intelectual. Asimismo, que la norma sea un juicio imputativo parece algo que no se puede discutir. Por lo tanto, si hemos de revisar algunas de sus conclusiones —en particular aquella que afirma el carácter hipotético de la norma como juicio—, ha de ser colocándonos en su propio plano, que es el de la lógica formal.

Pero además, ascendiendo desde aquí a otros planos, tendremos que elucidar todo lo que en Kelsen queda pre-temático en conexión con el problema de la norma y que ha llevado a los autores —entre ellos, creemos que también al propio Kelsen— a una inteligencia tan caótica de lo que es la teoría pura del derecho. Si se trata de formular la teoría de la ciencia dogmática del derecho, esto significa que se han de poner al descubierto todos los supuestos que hacen posible el conocimiento jurídico y con los cuales, quiera que no, trabaja el jurista. Uno de estos supuestos concierne al pensamiento dogmático y es la lógica jurídica; pero a nadie se le ocurrirá decir que la ciencia del derecho sólo es una parte de la lógica y nada más. La idea de la lógica como teoría de la ciencia anula la afirmación de una teoría de la ciencia del derecho donde esta ciencia ya fuera aquella teoría. Sin embargo, a esto lleva interpretar la teoría pura del derecho como ciencia del derecho positivo, una vez que se ha aceptado que la norma es un juicio. Este punto de partida y la problemática que de él se deriva, son problemas de lógica y nada más; si bien de una lógica del deber ser. Pero el objeto a conocer por el jurista

no son estas estructuras conceptuales, por más que de ellas tenga que servirse irremediabilmente. Por el contrario, el derecho como objeto —que es lo que el jurista quiere conocer— es una realidad humana. El mismo Kelsen nos dice repetidamente que el derecho es un fenómeno social, al lado de otros fenómenos sociales. Y si hemos de entender el concepto de fenómeno como lo tiene elucidado cualquier filosofía, por ejemplo la kantiana o la fenomenológica, es imposible entender que el derecho son las normas y que el estudio científico del derecho se reduce al estudio de las normas como tales, después de haberse establecido que las normas son juicios, vale decir, objetos lógicos que sólo la lógica es competente para estudiar. La interpretación literal de la teoría pura del derecho, en razón de todo lo que hay en ella de pre-temático, provoca la identificación de norma y derecho, vale decir, de un objeto ideal con un objeto fenoménico; y lleva a entenderla como ciencia del derecho positivo, aunque luego, quien así la comprenda, para ponerse en contacto con la realidad, tenga que arrastrarla al sociologismo jurídico, al positivismo de la ley o a la esfera eidética de la fenomenología, como ha ocurrido con intérpretes muy distinguidos. La teoría pura del derecho, por su meollo y desde su punto de partida, no puede proyectarse de otra manera que como lógica jurídica formal; y si se quiere ver en ella ciencia dogmática del derecho positivo, quedan por fuerza sin explicación, en la penumbra de lo pre-temático, sin cabida en lo que la constituye, afirmaciones tan importantes como el reconocimiento de que el derecho es un fenómeno social o como la relación entre validez y eficacia de una norma (en cuya virtud se reconoce que *no vale* como derecho la norma que no tiene un mínimo de eficacia), no obstante que afirmaciones de este tipo sean elementos indispensables para el desarrollo del sistema kelseniano.

Pasamos a examinar, por lo tanto, siempre en conexión con el problema de la norma, ya que por razones de espacio tenemos que limitarnos a ello, el valor de lógica jurídica formal que tiene la teoría pura del derecho; y luego la estructura relacional de la norma como juicio.

VII.—JUICIO Y CONCEPTO

Si la norma es un juicio, fuerza es reconocer, entonces, que la norma mienta algo. Con extremada exactitud nos dice Husserl: “Toda expresión no sólo dice *algo*, sino que también lo dice *acerca de algo*; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a

algunos objetos" (1). Según nuestra tesis, el primer *algo*, que es la significación o concepto, sería la norma; pero el segundo *algo*, que apodicticamente no puede dejar de aparecer al lado del primero, ¿qué es? Por obra del mismo Husserl se ha desvanecido la noción de que la lógica formal estudia las legalidades ideales del puro pensamiento desligado de todo contenido, porque semejante pensamiento en el aire no existe ni puede existir. El pensamiento siempre es pensamiento de algo pensado, de modo que por mucho que se vacíe y formalice al pensamiento para conocerlo en su escueta estructura, siempre se lo encontrará mentando algo en general; con lo cual, lo que de él se conozca como mero pensamiento, será por fuerza captado con la tensión que le imponga aquel algo al que se dirige y que se le entrega como contenido. La lógica formal no puede prescindir de la noción de objeto en general y por eso la lógica formal también es gnoseológica. En consecuencia, si nosotros determinamos qué es el algo u objeto en general que toda norma mienta necesariamente, no sólo habremos abierto el horizonte para una investigación filosófica del objeto derecho que se manifiesta empíricamente en los diversos regímenes positivos, sino que, retrocediendo, tendremos la verificación de que la norma efectivamente no es nada más que un juicio o concepto, al encontrar que su ser se agota con mentar o significar semejante objeto. Con esto hallaríamos la razón de verdad que asiste a la tesis normativa de Kelsen y que él dejó en la penumbra, porque esta fuerza de convicción no puede venir de la coherencia con que él desenvuelva su pensamiento, por perfecta que sea.

En este punto tenemos que recordar, previamente, la identidad lógica entre juicio y concepto que impone el análisis gnoseologista del juicio, en el sentido de que el concepto como pensamiento es un juicio y de que el juicio como conocimiento es un concepto. El análisis gramaticalista del juicio nos puede hablar de que el juicio se integra con dos conceptos entitativos (sujeto y predicado) y un concepto funcional puro (la cópula); pero esto no viene al caso, ya que por aquí iríamos a parar al problema de la expresión verbal. En cambio, con el análisis gnoseologista tendremos que reconocer que cuando yo digo: "el caballo es blanco", mi intelecto está realizando un acto —el juicio— cuya estructura puedo estudiar si retrovierto mi pensamiento sobre ese acto

(1) Husserl, *Investigaciones lógicas*, t. II, p. 53. Madrid, 1929. Ed. *Revista de Occidente*.

haciéndolo objeto de conocimiento, pero la cual estructura sólo es la estructura de un acto, a saber, de ese acto que cumplo cuando juzgo que el caballo es blanco. Pero al propio tiempo este acto que realiza mi intelecto cuando digo "el caballo es blanco", por ser un acto significativo, consiste en el único concepto "caballo blanco" que el propio acto constituye. Entre el acto (juicio) y su significación (concepto), no hay una diferencia como entre el producir y el producto o entre el hacer y la cosa hecha, porque esto implicaría olvidar que el acto mismo es el significativo (1). No hay, pues, diferencia objetual entre el acto significativo y la significación del acto; sólo hay una diferencia de enfoque: cuando yo digo: "el caballo es blanco", puedo retrovertir mi pensamiento para considerar la estructura significativa en que aquél consiste y que como significación se va actualizando y constituyendo; pero puedo también considerar la significación por la que ese acto está constituido como acto significativo y que no es nada diferente del acto mismo, en cuyo caso mi problema está en el caballo blanco de carne y hueso que motiva mi juicio y en el concepto *caballo blanco* con que lo miento intelectualmente. Obviamente, la significación *caballo blanco*, como concepto único, es necesaria para mentar el objeto caballo blanco. Esta significación es lo que miento; y lo que ya hacía al juzgar "el caballo es blanco", es precisamente esa mención; por eso se puede decir que el juicio es verdadero o falso, según concuerde o no el concepto o significación con la intuición del objeto. Inversamente, no puedo yo formarme el concepto *caballo blanco*, con verdad, sin tener por delante un caballo blanco; pero este concepto único es todo lo que hay en mi acto significativo de formarlo, pues el hecho de que este acto tenga una estructura, no quiere decir que esta estructura consista en dos o más conceptos por más que recurramos a varios conceptos para expresarla y mentarla: con esto ya se trata de otro acto significativo que tiene por objeto la estructura del primero, pero que ningún concepto agrega a lo que en éste, como acto, había. Como se ve, con el análisis gnoseológico, en vez de pasar del concepto a la expresión, pasamos del concepto al objeto.

Todo esto —es decir, el hecho de que la estructura unitaria de todo el juicio, referida al objeto, sea sólo un único nuevo con-

(1) Ciertamente que no incurrimos en psicologismo porque no nos referimos al acto que realiza de hecho mi persona en el seno de mi privativa conciencia. Nos referimos a un acto del intelecto, es decir, a la estructura ideal del pensamiento como pensamiento pensante.

cepto; y de que esa estructura considerada como acto gnoseológico sólo actualiza o mueve sobre un dato el conocimiento implicado en un solo concepto más elemental—, todo esto se ve con claridad atendiendo al desarrollo que se efectúa en los siguientes ejemplos.

Tomemos primero un juicio con predicación interior al objeto-sujeto tal como se lo expresa en los ejemplos de la lógica tradicional y notemos su transformación verbal, sin alterar para nada su significación no obstante que al final está en el concepto-predicado todo lo que al comienzo se presentaba dividido entre sujeto y predicado, salvo la noción de objeto en general. Sea el juicio.

Este caballo es blanco.

Este caballo es un caballo blanco.

Este objeto es un caballo blanco.

Lo mismo podemos decir sobre este otro ejemplo, si nuestra intención es atribuir al sujeto lo que se enuncia en el predicado:

Dos más dos es igual a cuatro.

La cantidad dos más dos es igual a la cantidad cuatro.

Esta cantidad es igual a la cantidad cuatro.

La cuestión es más sencilla, pues se la entiende directamente sin necesidad de operar esta transformación verbal del juicio, si consideramos un juicio con predicación exterior al llamado objeto-sujeto de la proposición, pues estos juicios con predicación exterior mientan una relación objetiva; es decir, que con el acto del juicio se mienta originariamente una estructura que no está representada ni en el sujeto ni en el predicado por aparte, sino en todo el juicio, con lo cual está dicho que nos interesa, a un mismo tiempo, cada parte y la posición que cada parte tiene en el todo. Ello se ve en el segundo de los ejemplos arriba utilizados (dos más dos es igual a cuatro, siempre que nuestra intención no sea meramente afirmar del sujeto la predicación, sino considerar a “dos más dos es igual a cuatro” como un axioma, por ejemplo. Acá es patente que la mención de todo el juicio es única e indisoluble respecto de su objeto, como lo es la del concepto *caballo* respecto del objeto caballo.

En el desarrollo de este trabajo se va a ver que la norma jurídica como concepto es un juicio de esta segunda especie, es decir, un juicio con predicación exterior a lo que gramaticalmente pudiera tomarse como objeto-sujeto de la proposición.

VIII.—NORMA Y CONDUCTA

Y bien, si la norma es un juicio o concepto, quiere decir que la norma mienta algo. Pero ¿qué es este algo que, como objeto en general de la norma, está siempre mentado por ella?

La teoría egológica contesta categóricamente que el objeto mentado por la norma es la conducta como conducta, es decir, la conducta en su libertad; en tal sentido entiende que la norma es el modo exclusivo de conocer conceptualmente el dato de la libertad metafísica que se fenomenaliza en la experiencia y que, siendo un deber existencial, llamamos conducta. Con lo cual se afirma, por consiguiente, que el derecho en tanto que objeto, es conducta y que la ciencia del derecho es una ciencia de experiencia cultural (no de experiencia natural), ya que es empírico el objeto a conocer por el jurista.

Kelsen también ha dicho —y en sus últimas obras lo ha acentuado grandemente— que la norma se refiere a conducta humana. Pero sin ninguna duda esta afirmación suya es pre-temática en cuanto que no parece provenir de haber hecho temática aquella cuestión, pues no aclara el sentido de esa referencia de la norma a la conducta y se equivoca en lo que concierne a cómo está mentada la conducta y cuál es esta mención. Sobre lo primero sólo nos dice que la norma es un esquema de interpretación de la conducta, sin aclarar jamás que este esquema de interpretación viene a ser la relación gnoseológica entre la norma (concepto) y la conducta (objeto). Y sobre lo segundo, nunca ha afirmado que la conducta mentada está mentada como conducta, es decir, en su libertad, como veremos más adelante al señalar cuándo o con qué la norma mienta la conducta y en qué se equivoca Kelsen a este respecto. Por todo esto es que la teoría pura del derecho ha podido ser interpretada como ciencia del derecho y no meramente como lógica jurídica formal; conclusin ésta que se impone con evidencia en cuanto se admite que la norma es un juicio y en cuanto la teoría pura del derecho se limita al estudio de la norma y de las conexiones normativas. En este punto el objeto *Derecho* vuelve por sus fueros y hace notar que los juristas se dirigen al estudio de este objeto y no de las normas, aunque deban servirse de las normas para cumplir aquella tarea. En consecuencia, cabe conservar intacta la investigación kelseniana y, al propio tiempo, darle un nuevo sentido implícito en ella al tenerla como lógica jurídica. Esto podrá sorprender a quienes la han comentado de diversa manera y aun a su propio autor —que

habría venido a hacer óptimamente algo diferente de lo que habría sido su personal intención; pero éste es asunto que no se resuelve por la opinión personal de nadie, sino por su confrontación con la experiencia jurídica.

Para ver el primer punto, es decir, para ver que la referencia o relación de la norma a la conducta es la relación gnoseológica de la significación o concepto al objeto, no hay otro camino que el de proceder críticamente a la reconstrucción del conocimiento normativo yendo a la experiencia gnoseológica y describiendo al acto de conocimiento que nos interesa. La circunstancia de que Kelsen no haya dicho jamás una palabra sobre el punto, comprueba que la cuestión era pre-temática para él; ya hicimos notar que él entra directamente en materia, contraponiendo la norma como juicio hipotético a la norma como imperativo, sin elucidar la razón de verdad de su punto de partida.

La teoría egológica procede a esta descripción gnoseológica y con ello consigue hacer ver, con inmediata evidencia, que la norma es un modo de conceptuar la conducta; es decir, que la norma, en tanto que punto de vista gnoseológico, categoriza la intuición de la conducta desde un cierto ángulo *a-priori*, pues el mismo dato de intuición puede ser conceptuado desde otro ángulo categorial. Para ello procede así:

Consideramos un tramo de conducta cualquiera cuyo momento inicial sea *A* y cuyo momento terminal sea *B*; por ejemplo: dar una limosna, comprar una casa, realizar un viaje, etc., desde el primero, hasta el último momentos relevantes para comprender estas acciones. Ensayemos, luego, de que este hecho humano sea pensado (es decir, mentado por el pensamiento) con la lógica del sér. El resultado será un relato, narración o crónica del curso de los hechos, el cual curso, no obstante ser en parte producto de un ente libre como el hombre, va considerando sólo en los hechos que lo componen y en su orden de sucesión, todo ello como un trozo de naturaleza, vale decir, con la posibilidad de encontrar allí sólo efectos de una causación constante e invariable. Y así, el pensamiento de aquella conducta la mentará diciendo "Dado *A*, es (o fue o será) *B*."

Pero si ensayamos de pensar con la lógica del deber ser el tramo de conducta de nuestro ejemplo, el resultado conceptual es otro. Tomaríamos ahora los momentos inicial y terminal de la conducta e imputaríamos el segundo al primero, en cuyo caso el pensamiento de aquella conducta la mentará diciendo: "Dado *A*

debe ser (o debió ser, o deberá ser) *B*." Y aquí lo que se menciona es la conducta en su intrínseca libertad, es decir, la conducta como conducta, pues la imputación se piensa en el recorrido de *A* a *B* que la libertad hará espontáneamente a su manera, pero que puede no ser. Únicamente aludiendo a la libertad puede pensarse que algo pueda ser o no ser, pues estas posibilidades no expresan aquí nuestra ignorancia sobre la efectividad del resultado *B*, en el sentido de que *A* fuera una causa de efectos desconocidos o sólo un fragmento del complejo causal que requeriría *B*. Por el contrario, *A* expresa un dato completo y *B* otro tanto, siendo ellos los límites externos o formas sensibles de la configuración de algo; de tal manera que, lejos de tenerlos ellos en la ignorancia de este algo, lo tenemos, merced a ellos, bien y definitivamente mentado por esta concepción.

Con la lógica del ser, en nuestro ejemplo, el juicio era un relato, narraba una sucesión; desde otro ángulo, podría ser una explicación causal de la producción de *B*. Con la lógica del deber ser, el juicio es una norma. Sobre el objeto del ejemplo, allí tenemos sendos conceptos entitativos y aquí un concepto imputativo. Allí se mientan los hechos en sus relaciones constantes e invariables aunque sean producidos por la libertad; aquí se mienta la libertad en su espontaneidad creadora, aunque se realice en los hechos. Allí se alude a una libertad cosificada; aquí a una cosa que es libertad. De una u otra manera, lo cierto es que lo dado —en este caso, el mismo tramo de conducta— se constituye en este o aquel objeto de conocimiento, según sea ésta o aquélla la concepción categorial con que se lo aprehenda, lo cual, además, es un hecho que da incontrarrestable fuerza a la impugnación del carácter imperativo de la norma jurídica, puesto que la descalifica como cosa (una orden) y la patentiza como concepto.

A su vez, para ver la segunda cuestión, es decir, para ver con qué elemento o de qué modo la norma mienta la conducta y cómo en esto Kelsen se equivoca, recordaremos que Kelsen entiende que la mención está dada por los elementos *A* y *B* de la estructura normativa "Dado *A*, debe ser *B*." Dice: "En principio, los hechos mutuamente enlazados por la norma jurídica representan una conducta humana. Ahora bien, la conducta humana no es el único contenido de las normas de derecho; a veces ella va unida a ciertos acaecimientos que ya no son, naturalmente, conducta humana, y que se les llama corrientemente *sucesos*. El hecho de la consecuencia, constitutivo de un acto de coacción,

tiene que ser, necesariamente, conducta humana, pues se trata de un acto coactivo ejercido por un hombre en contra de otro; pero el hecho condicionante puede ser un mero suceso: así, por ejemplo, algunas legislaciones determinaban que en el caso de una larga sequía debía matarse a algún hombre" (1). Muy recientemente ha insistido en lo mismo de esta manera: "La afirmación de que el derecho es un orden de la conducta humana que no significa que el orden jurídico se relacione únicamente con conducta humana; que nada, fuera de conducta humana, entre el contenido de las reglas jurídicas. Una regla que hace del asesinato una transgresión punible, se refiere a una conducta humana cuyo efecto es la muerte de un ser humano. Sin embargo, la muerte misma no es conducta humana sino un proceso fisiológico. Toda regla de derecho obliga a los seres humanos a observar una determinada conducta bajo determinadas circunstancias. Estas circunstancias no necesitan ser conducta humana; pueden ser, por ejemplo, lo que llamamos sucesos naturales. Una regla de derecho puede obligar a los vecinos a prestar asistencia a las víctimas de una inundación. La inundación no es una conducta humana, pero es la condición de una conducta humana prescripta por el orden jurídico. En este sentido, hechos que no son hechos de conducta humana pueden entrar en los contenidos de una regla jurídica. Pero pueden hacerlo únicamente en tanto que relacionados a conducta humana, sea como condición o sea como su efecto" (2).

Pero si la norma es un juicio y si se recuerda que todo juicio es un único concepto, se comprende entonces, sin dificultad, que Kelsen se equivoca al considerar por aparte, como menciones conceptuales autónomas, lo enunciado en el antecedente y en la consecuencia normativos. En tal sentido —y así lo sostiene la teoría egológica—, toda la norma mienta una determinada conducta y no contiene más mención que la de esta conducta desde cierto ángulo particular que aclararemos más adelante. La mención que hace norma a la conducta como a su exclusivo objeto en general —y por ello es que las normas no pueden referirse a otra cosa que a conducta humana—, está en el verbo *deber ser*. Es cosa sabida que, en un juicio, la mención a su objeto en general que hace la lógica, está contenida en la cópula con que se consti-

(1) Kelsen, *Teoría general del Estado*, (Barcelona, 1934, Ed. Labor, pág. 63).

(2) Kelsen, *General Theory of law and State*, pág. 3 (Cambridge, Mass. 1945, Ed. Harvard University Press).

tuye (1). Todas las otras determinaciones que trae la norma como hecho antecedente o como consecuencia, sólo mencionan las formas sensibles o contornos de la única conducta mentada; es decir, para determinar que está mentada esta conducta y no aquella otra; que se trata de esto y no de aquello otro. Pero la única referencia que se hace es a una conducta como conducta, donde la conducta es la materia como el mármol en una estatua, y aquellas otras determinaciones con sus formas sensibles como las formas geométricas que el escultor, al modelarlo, da al mármol para determinarlo. Si ahora se advierte que una norma es un juicio con predicación exterior al objeto-sujeto de la proposición, todo lo que decimos se hace aún más evidente.

En conclusión: para mentar la libertad metafísica como libertad —y la conducta sólo es libertad metafísica fenomenalizada—, no podemos recurrir al verbo ser. La libertad de la conducta no es un ser, porque al entenderla de esta manera se la niega *ipso-facto* como libertad. La libertad de la conducta es un deber ser existencial y, por eso, para mentarla conceptualmente, hay que recurrir al verbo deber ser en el sentido de cópula lógica tan bien definido por Kelsen.

IX.—LO ONTICO Y LO ONTOLOGICO DE LA CONDUCTA

Esto nos permite dar un paso más y aclarar la relación que hay entre la norma y el juicio de valor. La norma no es, de ninguna manera, un juicio de valor, pero supone ineludiblemente un juicio de valor. Esto ha sido advertido una vez más por Husserl, en forma que quedará clásica, con su famoso ejemplo normativo “Un guerrero debe ser valiente” (2). Pues esta norma —que no quiere decir que nosotros ni nadie deseemos u ordenemos semejante cosa, sino únicamente que semejante cosa está justificada en general— supone el juicio de valor: “Sólo un guerrero valiente es un *buen* guerrero”; es decir, que sólo admitiendo y presuponiendo este juicio de valor se nos hace inteligible aquella norma por haber aclarado su fundamento. O dicho de otra manera: sin aquel juicio de valor, aquella norma carece de fuerza

(1) J. Maritain, *Siete lecciones sobre el ser*, pág. 53: “Es también la noción de ser la que interviene en la teoría de la cópula verbal esencial al juicio”. (Buenos Aires, 1944, Ed. Dedebe). Es claro que Maritain discurre sobre la lógica del ser y no sobre la del deber ser; pero lo mismo ha de decirse en este dominio respecto de la libertad (conducta) y de la cópula deber ser.

(2) Husserl, *Investigaciones lógicas*, pág. 57. Madrid, 1929, Ed. *Revista de Occidente*.

de convicción. Lo mismo vale cuando el Código Civil dice: todo inquilino que paga su alquiler, es un *buen* inquilino.

Pero con todo esto todavía no se aclara por qué una norma supone un juicio de valor, ni cuál es la naturaleza de la relación entre norma y juicio de valor, cuestiones que la teoría egológica del derecho resuelve de la siguiente manera:

Lo valioso es la conducta; en los ejemplos que se acaban de dar, son el guerrero valiente y el inquilino pagador los objetos que tienen, entre otras cualidades, aquella que se afirma por el juicio de valor. La *bondad* específica del uno y del otro (valentía y justicia, respectivamente, para no decir más sobre el punto), son sendos atributos que como cualidades del guerrero o del inquilino integran analíticamente el ser del guerrero o el ser del inquilino con signo positivo (valor) o con signo negativo (desvalor). En tal sentido, la norma como concepto mienta el valor porque mienta conducta y una conducta sin valor ontológicamente no puede ser. Obsérvese que las normas se refieren únicamente a valores de conducta. No pueden referirse a otra clase de valores. En la relación entre norma y valor nos encontramos de nuevo con la relación gnoseológica entre norma y conducta. La norma supone un juicio de valor de la misma manera que el concepto supone el objeto en la relación gnoseológica de mención o alusión que el primero hace del segundo. Así como un concepto de la naturaleza, al mentar su objeto, supone una existencia; así también la norma, al mentar su objeto, que es la conducta como conducta, supone un valor; pero ni en uno ni otro caso ha de decirse que la existencia o el valor mentados son atributos del concepto que los mienta. Los conceptos como tales —y con ellos las normas— no pueden tener otro valor que el de su verdad.

Con esto se advierten dos aclaraciones sobre nuestro tema:

Primera, que hay que distinguir y establecer la correspondiente relación entre deber ser lógico, deber ser existencial y deber ser axiológico. El deber ser lógico es un modo conceptual de representación; con él estamos en una esfera neutra a los objetos y a sus modos de ser, por lo tanto, en un ámbito que no se constituye ni con la existencia ni con los valores.

El deber ser existencial es la conducta en plano óntico, es decir, la conducta considerada en su mero existir o presencia tangible tal como se nos revela vista “desde afuera”, así como las cosas del mundo se nos revelan siempre desde afuera: una piedra no nos dice, ella misma, lo que es; siempre es el hombre

el que declara el ser de la piedra. Y bien, desde este ángulo óntico, la conducta no es un ser porque es libertad, es decir, creación; pero algo es, puesto que existe. Esta extraña cosa que es la libertad fenoménica y a la cual convienen, según el ángulo, los predicados del ser y del deber ser, está ónticamente aludida de modo suficiente llamándola *deber ser existencial*; es decir, mentando su ser *sobre la base* de la categoría del deber ser y sin hacer referencia todavía a su valor.

Por último, esa conducta en plano ontológico se nos ofrece ya como plenaria vida humana viviente (*Dasein*, diría Heidegger). Ahora este ser nos dice por sí mismo y desde dentro de sí mismo, lo que es. Y entonces el recurso al lenguaje axiológico se hace incluíble: no se puede decir lo que es la plenaria vida humana sin traer a cuento los valores. La vida humana está necesariamente calificada en forma valiosa o desvaliosa, en todas sus aristas; no podemos aprehenderla en lo que es su ser, sino captando su valer. Sin esto no hay comprensión de la vida plenaria; y aquí comprender significa conocer: conocer por comprensión es conocer algo en su sentido.

En este plano, el objeto jurídico del conocimiento tiene su sentido immanente. No se conoce jurídicamente sin aprehender el sentido axiológico de la conducta dada como objeto al conocimiento jurídico, porque tal conducta, sin su sentido, no es vista aún como conducta. Es así como la aprehensión de este sentido reclama la referencia a los valores jurídicos, los cuales, en sí, son sendas categorías temporales de futuridad de la conducta en plano ontológico. Y valores jurídicos son todos los valores de conducta con estructura de alteridad y bilateralidad; no sólo, pues, la justicia, sino que también la solidaridad, la cooperación, la paz, el poder, la seguridad y el orden. Esto es así porque los valores bilaterales son los que se adecúan a la conducta de interferencia intersubjetiva, que es la estructura básica del objeto derecho, como se verá más adelante. En este sentido, todo el plexo axiológico-jurídico es el *cuidado* heideggeriano restringido al ámbito de la vida jurídica y contemplado en plano ontológico.

La segunda aclaración se refiere al hecho de que la norma jurídica, siendo un concepto, es un conocimiento neutral de una realidad de objetos valiosos. Característica de todo concepto es que se refiere con neutralidad al ser del objeto, cualquiera fuere: si este objeto es valioso, como ocurre con la conducta, la norma la mentará respetando el valor que ella ofrezca, sin deformacio-

nes. De esta manera se comprende que cualquier sentido axiológico, tanto el más justo como el más injusto, que se dé en la realidad de vida que es el derecho, puede ser enunciado normativamente y, por lo tanto, puede ser norma sin que con ello se afecte la función que cumple el pensamiento normativo en la ciencia dogmática ni en el derecho. La normatividad es ajena a toda valoración, aunque la norma mienta un objeto valioso, porque el valor aquí comprendido es una cualidad de la conducta y no de la norma. En este sentido, la norma, que como concepto mienta la conducta como conducta en su plenitud, restringida al análisis del sentido de la conducta, sólo es la versión conceptual de este sentido axiológico de la conducta. Mentando la conducta, mienta tanto su substrato como su sentido; por ello es, desde el punto de vista del sentido de la conducta, la versión conceptual de este sentido; y por ello la norma puede servir de esquema de interpretación de la conducta. Mas por eso mismo, la teoría egológica puede decir que no se interpreta la ley, sino siempre la conducta humana mediante la ley.

La oscura noción del carácter conceptual de la norma, adquirida durante el siglo XIX en forma latente, a raíz de la ontologización del derecho positivo que opera Savigny dentro de la teoría jurídica, es lo que permite que la labor de los juristas se cargue con el signo de la verdad jurídica, a que aludimos al comienzo, pues estando de por medio un modo de conceptuación, estaba también el de esa típica relación entre concepto y objeto que llamamos verdad. Con el concepto viene el problema de la verdad. La teoría lógica de la norma permite referirnos al derecho que es, en su ser. La norma, reducida a instrumento lógico, hace posible la referencia neutral al derecho, cualesquiera sean los valores que éste contenga de modo immanente en el dato.

Y es claro que esta neutralidad del conocimiento es un supuesto incluíble de toda ciencia que merezca el nombre de tal.

X.—CONOCIMIENTO SIGNIFICATIVO DE LA CONDUCTA

Hemos dicho que para el jurista la relación entre norma y conducta es la relación de conocimiento o relación gnoseológica entre el concepto que mienta y el objeto mentado. La norma, así, es, por consiguiente, una significación y la conducta como conducta es la cosa significada. El acuerdo entre la comprensión intuitiva de esta cosa y la significación decidirá sobre la justeza

del conocimiento conceptual del derecho que pretende darnos el jurista cuando expresa su conocimiento invocando tales o cuales normas.

Este asunto de la relación entre norma y conducta tiene que ser considerado en especial, porque la doctrina dominante, luego de haber desfigurado el objeto del conocimiento jurídico al verlo en la norma (es decir, el derecho hecho un objeto ideal) y luego de dar por sentado, sin tematización, que a este objeto lo conceptuamos con la lógica del ser, se crea irremediabilmente un falso problema ineludible respecto de la relación entre norma y conducta.

Sorprende, en efecto, que la ciencia tradicional, que pretende ser ciencia del derecho positivo, no se haga cargo del problema de la positividad del derecho que viene dado como nota definitoria del menester del jurista. Es claro que si el derecho es la norma, es decir, un objeto ideal que tiene la identidad de todo concepto, el problema de la positividad, que es el de la realidad misma del derecho, queda fuera de nuestro horizonte. La teoría egológica disuelve semejante problema, pues siendo el derecho conducta, la positividad del mismo está dada con el dato, sin que sea un misterio o un sobreañadido.

Pero el asunto va mucho más lejos, pues el jurista positivo, por muy racionalista que sea, no deja de advertir que se dirige a la conducta ni deja de tener su experiencia jurídica. En tal sentido se limita a decir que la norma *se refiere* a la conducta y ha protestado de que fuera patrimonio de la teoría egológica hablar de la relación entre norma y conducta. Pero precisando los términos, ha de aclararse el sentido vago de aquella referencia, pues la ciencia tradicional no ve en ella la relación entre concepto y objeto.

Nosotros preguntamos: ¿Cuál es la relación que existe entre norma y conducta? ¿Cómo ve el jurista racionalista el contacto de su mundo normativo con la experiencia jurídica? ¿Qué imagen nos da él de cómo él mismo entra en contacto con esa realidad que es el derecho positivo?

La doctrina dominante trabaja sobre la idea de que la norma provoca cierta conducta; es decir, que hay *una relación causal* donde la norma es la causa y la conducta es el efecto. Por eso basta quedarse en las causas para entrar en la realidad, la que así está referida desde el mundo normativo. El nexo causal que vincula estas causas con sus efectos se establece mediante la san-

ción coercitiva, de tal manera que es la motivación que se produce con la sanción la que provoca en el súbdito este efecto de conducta. Y por eso la dogmática excluye como espúrea toda motivación social, económica, política, religiosa, etc., para cerrar su teoría jurídica, pues si el derecho no es plenaria vida humana, sino geometría ideal de normas, sólo ha de conservarse el temor a la sanción porque la sanción, y sólo ella, es contenido de las normas.

Pero la verdad es que todas las motivaciones sociales pueden concurrir al cumplimiento de los deberes jurídicos, como en realidad sucede. Y la verdad también es que la motivación que puede suscitar el temor a la sanción, en nada difiere psicológicamente de cualquier otra motivación, de modo que no se ve cómo el jurista puede pretender estar de lleno en la realidad, si excluye algo de lo que la propia realidad le da.

Es que, ya podemos decirlo, a pesar de la pretensión racionalista, el jurista no excluye ninguna de las otras motivaciones sociales. Lo único que hace, con el aderezo teórico de que hoy dispone, es disfrazarlas y ocultarlas con verbalismos tan oscuros como ingenuos. Piénsese en la manida muletilla de la *mens legis*, que se quiere presentar como un rodaje dogmático del plano normativo. La sanción, sin duda, tiene en la teoría una conceptualización clara y unívoca; y por ello el temor a la sanción es un hilo psicológico que se puede seguir sin dificultad. Pero nadie osará decir que la *mens legis* tiene la misma claridad en la doctrina jurídica; en ella están, como en una bolsa común, todas las oscuridades y puerilidades que el jurista tiene en su cabeza; y de ella saca, como el prestidigitador, todos los otros hilos psicológicos que le hacen falta para entrar causalmente de lleno en una realidad de la que nunca debió salir.

Pero sea de todo esto lo que fuere, la entrada causal en la realidad es irrelevante para la dogmática, en el problema que estamos considerando. Basta pensar, en efecto, que el temor a la sanción —lo mismo que cualquier otra motivación—, sólo podría explicar el cumplimiento de los deberes, *pero no las transgresiones*, donde falta aquella relación causal o virtud operante de la norma sobre la conducta, que era la puerta supuesta por el racionalismo para entrar en contacto con la realidad. Esto hace ver que al jurista no lo lleva el interés de un conocimiento causal-explicativo de la conducta, que es donde va a parar el racionalismo en este punto de su modo de tomar contacto con la realidad; lo que le interesa es un conocimiento significativo de la conducta,

es decir, le interesa saber qué significado tiene la conducta que efectivamente acaece. El conocimiento de realidad que busca el jurista no es mediatamente un conocimiento causal-explicativo de la conducta que subsigue a su conocimiento de la idealidad de las normas, sino que es inmediatamente un conocimiento significativo de la conducta misma. Su problema único es éste: ¿cuál es el sentido de esta o aquella conducta? Ya hemos visto más arriba que de las normas no hay un conocimiento jurídico, sino sólo un conocimiento lógico. Por eso acá, volviendo a la relación gnosológica entre significación y objeto, corresponde destacar que la misma norma que conceptualmente le da o le mienta al jurista el sentido del deber jurídico cumplido, esa misma norma, con sólo cambiar de signo de lo lícito a lo ilícito en su estructura disyuntiva, le sigue dando el sentido de la conducta que es transgresión. De modo que se cumpla o no se cumpla el deber jurídico, es invariablemente la misma relación dogmática entre la norma y la conducta; es la relación de un sentido axiológico en forma conceptual, a su substrato de sentido; relación significativa de alcance dogmático y no relación causal de interés sociológico. Así, pues, conocimiento significativo de una conducta por comprensión, en forma conceptual; no conocimiento causal-explicativo como si la realidad humana sólo admitiera esta última clase de conocimiento.

XI.—EL CONCEPTO Y EL SENTIDO DE LA CONDUCTA

La ciencia dogmática del derecho se define, así, como una ciencia de experiencia porque su objeto —el derecho— es una realidad empírica con intrínseca temporalidad. Ciertamente no se trata de una realidad natural; pero se trata de una realidad cultural. Estamos en la oposición de naturaleza y cultura, sin pretender negar la realidad de la una ni de la otra. La naturaleza se explica; la cultura se comprende, enseñó Dilthey.

La cultura se constituye por el hacer del hombre actuando según valoraciones. En tal forma, todo objeto cultural se constituye en la unidad dialéctica de un sentido espiritual axiológico y de un substrato material sensible, mutuamente compenetrados. Comprendemos el substrato por su sentido y comprendemos el sentido en su substrato.

Sobre esta base se advierte que la cultura se integra no sólo con los productos de la actividad humana, sino que también con la actividad misma del ser que los produce. Si bien el ser de los objetos culturales es, siempre, esa unidad de substrato y sentido,

tenemos ya una primera división entre los mismos. En unos, que nosotros llamamos objetos mundanales, el substrato consiste en un pedazo de naturaleza (la estatua y el mármol, la herramienta y el hierro, la música y las vibraciones del aire, etc.). En otros, que nosotros llamamos objetos egológicos, el substrato es la propia libertad metafísica fenomenalizada del hombre mismo, su propia conducta (sea en su vida como totalidad, sea en sus diversas acciones separables por su sentido). Allí estamos con la vida plenaria objetivada, es decir, la vida plenaria que se posó sobre la naturaleza y dejó un objeto que es un rastro de la vida misma; aquí estamos con la vida plenaria viviente, es decir, con la vida plenaria en presencia en un perpetuo presente, desplegando su interioridad de libertad en su mundo circundante. En uno y otro caso, el sentido del objeto cultural existe únicamente como vivencia psicológica del hombre; pero sólo en los objetos egológicos el sentido y su substrato son existencias de un mismo ámbito óntico, a saber, el ámbito de la libertad metafísica fenomenalizada.

Esta circunstancia típica de los objetos egológicos ayuda a comprender algo que, a la inversa, resulta característico de los conceptos normativos: que el concepto (la norma) con que se piensa un objeto egológico forma parte del propio objeto pensado, por lo cual, dentro de ciertos límites fácticos, contribuye a constituirlo.

En efecto, si la norma, por mentar la conducta, es también la versión conceptual del sentido axiológico de la conducta mentada, según hemos visto; y si tal expresión del sentido, por ser conceptual, es neutral respecto del sentido axiológico expresado, se comprende que la vivencia lógica de la norma y la vivencia axiológica del sentido puedan coincidir y superponerse sin alteración de la una ni de la otra. Con esto se quiere decir que tanto se puede normar un sentido axiológico ya existente, como dar realidad a raíz de un acto de pensamiento a un sentido axiológico primeramente sólo pensando; es decir, que se puede pasar de la vivencia lógica a la vivencia axiológica, e viceversa, según cual exista primero: Si es la vivencia lógica, porque la norma siempre mienta un sentido de conducta, en cuyo caso la realidad parecerá creada por el pensamiento dentro de ciertos límites fácticos suministrados por el substrato del sentido. Y si es la vivencia axiológica, sin mayor problema que el de cualquier conocimiento empírico, el pensamiento parecerá creado por la realidad.

La superposición posible, sin alteración recíproca, de las vivencias normativa y axiológica, determina que, cuando ello efectivamente ocurre, la norma sea parte integrante del sentido axiológico completo de la conducta mentada por ella, pues la norma nada axiológico le agrega a dicho sentido. Por otra parte, como la unidad del objeto egológico se constituye con su sentido y su substrato; y como ambas cosas tienen su ser, aquí, en la inmanencia de la misma libertad, resulta explicado que la norma, en tanto que parte integrante del sentido completo, forme parte del propio objeto egológico pensado por ella. El objeto egológico, pues, contiene a su propio concepto, al menos como posibilidad. Y ésta es una posibilidad que se realiza cada vez que lo pensamos normativamente.

XII.—EL DERECHO COMO OBJETO Y SUS VALORES

Así como en la conducta en plano ontológico encontramos el sentido axiológico del objeto egológico, y eventualmente el sentido integrado con su propio concepto, así también en la conducta en plano óntico encontramos el substrato del objeto egológico. La distinción entre lo óntico y lo ontológico, privativa del ser humano, nos aclara pulcramente cómo pueden existir en un mismo reino óntico un substrato y su sentido, conservando las diferencias inherentes a una y otra cosa dentro de la unidad indisoluble de un mismo objeto de conocimiento. La ipseidad característica de la vida humana justifica ampliamente la designación de objetos egológicos, pues, sin duda, la ontología existencial es egológica.

Poniendo atención, ahora, en el substrato del objeto egológico, es decir, en la conducta en su mero existir o simple presencia corporal, encontraremos fenomenológicamente el criterio para separar el derecho de todos los otros objetos egológicos. Con esto queremos significar que vamos a señalar la categoría óntica que constituye al derecho como objeto; o sea, que vamos a mostrar el ángulo de visión desde el cual una acción humana aparece como derecho y no como técnica, moral, decoro, política ni religión.

La acción, como hecho, corre en el sentido unidimensional del tiempo. Pero es igualmente posible pensarla de atrás hacia adelante en el sentido del tiempo, o al revés, de adelante hacia atrás. Ambas consideraciones son sentidos noemáticos de la acción misma. Con lo primero, la acción se ofrece como objeto ético; con lo segundo, como objeto técnico. Importa tener presente que una misma acción puede ser considerada desde todos estos puntos de

vista, para explicarse la superposición de valuaciones a que una acción da lugar, como cuando decimos, por ejemplo, técnica jurídica moral política, etc. Importa también tener presente que la acción humana, ónticamente considerada, es al propio tiempo que un hecho de la naturaleza, un hecho de la voluntad, no en relación de sucesión, sino en relación de compenetración.

Considerando ahora la acción como objeto ético en general, es decir, desde atrás hacia adelante en el sentido del tiempo, vemos con evidencia eidética, según la advirtió Del Vecchio en su obra *El concepto del derecho*, que una acción puede interferir con otra acción, de dos maneras y solamente de dos maneras:

Primero, en relación con el sujeto que la realiza, donde la ejecución de una acción queda contrapuesta a la omisión de las otras acciones que pudo ejecutar el mismo sujeto. Toda acción es, así, por fuerza, una omisión de otras acciones. Esta interferencia estructural *hacer-omitir*, es una interferencia subjetiva de acciones posibles en un doble sentido: es subjetiva porque está en cuestión un sólo sujeto actuante, y es subjetiva porque la interferencia se localiza en el seno de la intimidad personal. La acción considerada en esta estructura del hacer y el omitir, es un objeto moral. Con esta referencia a la estructura de la interferencia subjetiva se quiere decir que no es posible conocer una acción como tal, pensando puramente el hacer, como si éste corriera en el aire, encerrado en sí mismo y desligado de toda referencia que no sea ese propio hacer; por el contrario, sólo se comprende este hacer como tal en su contraposición al omitir concomitante, es decir, estructurado en la interferencia subjetiva de acciones posibles.

Pero como ónticamente la existencia humana es coexistencia, encontramos otra manera posible de interferir una acción con otra. Ahora es en relación con otro sujeto actuante, donde la ejecución de una acción queda contrapuesta al impedimento de la misma que puede oponerle la acción que realiza otro sujeto. Toda acción tiene así, también por fuerza, un impedimento posible. Esta interferencia estructural *hacer-impedir*, es una interferencia intersubjetiva de acciones posibles porque están en cuestión dos sujetos actuantes, uno como libertad interferida y otro como libertad inteferente, en la alteridad o bilateralidad que caracteriza al derecho; y es también una interferencia objetiva de acciones posibles porque la interferencia se localiza espacialmente fuera de la intimidad personal, sin que esto signifique desenten-

derse de la intimidad personal porque la acción, en su unidad es, siempre, un hecho de la naturaleza y un hecho de la voluntad en relación de compenetración. No se trata, pues, de una acción meramente externa, que no las hay; sino más vale de toda la acción en su unidad categorizada desde su lado externo. La acción considerada en esta estructura del hacer y el impedir, es un objeto jurídico. Aquí también diremos que con esta referencia a la estructura de la interferencia intersubjetiva de acciones posibles, se señala tan sólo que para comprender como tal la conducta que interesa al derecho, hay que pensarla en cuanto es o no es impedimento de la acción de otro sujeto actuante y, a la inversa, a la conducta de éste, en cuanto está o no está impedida por la de aquél.

Hasta aquí hemos considerado en la acción el hacer mismo. Desde este punto de vista, no se puede separar el hacer y el sujeto actuante, porque existencialmente un hombre es lo que hace (1). Pero todavía ha de considerarse el sujeto destinatario o beneficiario de la acción, que también está dado en la estructura total de toda acción. Según que este sujeto destinatario de la acción sea pensado con la categoría de unidad (yo mismo), de pluralidad (los otros), o de totalidad (Dios), la acción será un objeto del decoro, la política o la religión. La categoría óntica del derecho se define con los sujetos actuantes, es decir, que el derecho lo encontramos ya totalmente en el hacer; pero el nuevo estrato categorial de la conducta que considera el sujeto destinatario de la acción, nos aclara la paradoja de que haya derechos de la personalidad (donde yo mismo soy el beneficiario) o de que la norma de amar al prójimo sea moral (donde otro es el beneficiario). En el primer caso, como en cualquier dato jurídico, el hacer es intersubjetivo aunque yo mismo sea el beneficiario de tal hacer, y en el segundo, como en todo dato moral, el hacer es subjetivo aunque un tercero sea el beneficiario: allí, yo, beneficiario, puedo impedir que otro use mi nombre u oponerme a que me impidan usarlo: aquí, el prójimo que se beneficia con mi caridad, no puede obligarme a dársela, con lo cual la comprensión de mi acto se cierra en mi hacer u omitir.

Esto hace ver que la conducta categorizada con la interferencia intersubjetiva de acciones posibles, no es una conducta individual, sino compartida; es decir, que la conducta en cuestión

(1) Heidegger, *Ser y tiempo*, introducción, parágrafo 4.

bles, sino la conducta originariamente constituída como una unidad para ambos sujetos actuantes, donde la ausencia del uno o del otro destruye la totalidad del dato y de todas y cada una de es la conducta conjunta de los dos sujetos actuantes. Con esto no se significa la suma o simple agregado de dos conductas separadas partes.

Muy bien se advierte esto, elevándose al plano ontológico: el sentido axiológico de esta conducta en interferencia intersubjetiva tiene estructura bilateral constitutiva. Es la alteridad que encontramos en la justicia, en la solidaridad, en la cooperación, la paz, el poder, la seguridad y el orden. Todos estos valores implican un co-partícipe, el que no es un simple destinatario ajeno al hacer mismo, como ya vimos con el ejemplo del derecho al nombre que no excluye una calificación de justicia, ni de orden, etc. Todos estos valores, la paz por ejemplo, resultan *de lo que hacen ambas partes*.

Todavía este desarrollo nos da un punto de decisiva importancia para fundamentar la posibilidad de una ciencia dogmática del derecho. Ya el hecho de que la interferencia intersubjetiva de acciones posibles sea también una interferencia *objetiva* de acciones, coloca el objeto de la reflexión dogmática en un plano que, por su objetividad, es el de una ciencia en general. En tal sentido, la norma jurídica en cuanto que mención conceptual de este objeto, viene a decir, entre otras cosas, cómo debe ser la interferencia intersubjetiva de las acciones.

Pero todavía es de observar que, tratándose de una interferencia entre dos acciones, el punto de interferencia es común a ambas al propio tiempo que es de cada una de ellas. Esto permite que la vivencia lógica de la norma que a ello se refiere, no obstante de ocurrir sólo en la conciencia personal de uno de los sujetos y aunque se refiera a la situación total donde ambos sujetos son partes, pueda ser verificada adecuadamente por la intuición de aquel que la tiene, con una intuición que es de sentido immanente para éste pero que abarca la interferencia en su conjunto. Con esto se comprende cómo el órgano del Estado (legislador, funcionario administrativo o juez) puede ser también un científico del derecho en el mismo acto de su decisión creadora. Y se explica además el hecho sorprendente pero bien conocido en la experiencia jurídica, de que los jueces comunes, que no son por lo general juristas, den soluciones más acertadas a los casos que las que propone la mayoría de los tratadistas que presumen de serlo:

es que los jueces van guiados por la intuición axiológica del caso que para ellos es una vivencia de sentido immanente, como acabamos de decir, por lo cual tienen la posibilidad intuitiva de controlar la adecuación de sentido correspondiente; en tanto que el tratadista, cuando no se limita a repetir la opinión ajena, hace su desarrollo por un conducto meramente conceptual. El juez, en efecto, cuando condena a un transgresor, *vive* la justicia o la injusticia de la solución, en tanto que ésta para el tratadista es un dato de justicia que se limita por lo común a pensarlo. Laureano Landaburu (h.) ha desarrollado brillantemente, en este sentido, contra la teoría penal dominante, la idea de que el delito se constituye en la sentencia como una interferencia de conducta entre el juez y el delincuente (1).

XIII.—LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO DISYUNTIVO

Ahora podemos ya analizar cómodamente la tesis de Kelsen de que la norma jurídica es un juicio hipotético y confrontarla con la tesis de la teoría egológica de que es un juicio disyuntivo.

Advertimos más arriba que Kelsen entra directamente en materia contraponiendo su tesis a la tesis tradicional:

La norma como juicio hipotético.....La norma como imperativo.

Pero para aclarar nuestro asunto hay que darse cuenta de qué hace aquí, en verdad, Kelsen; qué es lo temático y también qué es lo pretemático en él. Pues el anterior esquema, con su simple contraposición de una doctrina a otra, no refleja la verdad de las cosas. En efecto, ya pudimos ver que Kelsen no solamente contrapone una tesis a otra, sino que también se mueve en un distinto plano del de la doctrina tradicional. Kelsen ubica la norma en el plano lógico, pues el juicio no es un hecho, sino un objeto ideal; en tanto que la doctrina tradicional ubica la norma en el plano entitativo, pues un imperativo es un hecho social, vale decir, un objeto real. El esquema de la contraposición debería más vale ofrecérsenos de esta otra manera:

Juicio hipotético
..... Imperativo.

(1) Laureano Landaburu (h.), *El delito como estructura*, en *Revista de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, 1945, Ediar; y *Sobre el delito y la participación criminal*, comentario al fallo Nº 20.681, en revista *La Ley*, tomo 42, Buenos Aires, 1946.

Pero llevados, así, al plano de la lógica, el esquema precedente tiene que completarse, pues un imperativo también se expresa en un juicio, aunque la opinión tradicional no buscara por aquí, en la estructura conceptual, la esencia de la norma jurídica. Y, a la inversa, cabe señalar cuál es el objeto jurídico en general a que la norma, en tanto que juicio, se refiere.

Como Kelsen, al hablar de juicio hipotético, se mueve dentro de la categoría de relación, se advierte también que está vacante todavía en la doctrina una de las especies en que se subdividen los juicios clasificados por su relación.

Reconduciendo la opinión tradicional al plano de la investigación lógica instaurada por Kelsen, se comprende sin dificultad que la norma es un juicio categórico. Además, haciendo ocupar su lugar en el esquema, a la tesis egológica, se llena el miembro que estaba vacante. Por último, consignando también el objeto en general referido por las diversas tesis, el esquema completo se presentaría de la siguiente manera, en lo que concierne al concepto y en lo que concierne al objeto.

Concepto

Objeto

Juicio categórico	Orden o Imperativo.
Juicio hipotético	Conducta en general.
Juicio disyuntivo	Conducta en interferencia intersubjetiva.

Reconocida a la lógica, la opinión tradicional esclarece su sentido y su valor como conocimiento. Para ella, la norma jurídica resulta un juicio categórico (*S debe ser P*; por ejemplo: el inquilino debe pagar su alquiler), porque la norma, entendida como una orden, no puede desvincularse de lo ordenado. Nosotros diríamos que sólo lo ordenado, como hecho, llena intuitivamente lo ordenado, como concepto. Pero en la confusión de planos filosóficos de los juristas tradicionales, la doctrina dominante habría de decir simplemente que el derecho consistía en cumplir lo ordenado; por lo cual se pudo afirmar que la transgresión era, precisamente, la negación del derecho. Lo antijurídico aparecía simplemente como la calidad opuesta a lo jurídico. Y, por consiguiente, la sanción, en cuanto retribución de la transgresión, resultaba algo transistemático al derecho, en lenguaje de Kelsen, porque sólo era un acto de fuerza para compensar la transgresión. De ninguna manera se podía ver que la sanción era un componente jurídico esencial, puesto que la sanción se agregaba al

precepto ordenado sin añadirle juricidad en cuanto que la juricidad ya la tenía el precepto desde antes: en efecto, el dar a cada uno lo suyo, se cumple con el cumplimiento del precepto.

En contra de esto, con toda razón crítica, Kelsen insiste en que la sanción está en la esencia del derecho, no sólo porque el precepto sin sanción es únicamente una norma moral (no matar; el inquilino debe pagar su alquiler, etc.), sino porque la sanción está regulada por la norma; es decir, que la sanción es contenido de la norma jurídica. La sanción, es, pues, derecho. Con ello queda como un concepto intransistemático a la teoría jurídica.

Toda esta argumentación de Kelsen contra la opinión tradicional es perfectamente correcta y eficaz porque basta, en efecto, recurrir a la lógica formal, es decir, basta mostrar que hay contradicción entre una tesis y alguno de sus propios presupuestos, para estar autorizados a rechazar la tesis. En tal sentido la lógica formal es un permanente criterio negativo de la verdad porque ésta, para ser tal, tiene que comenzar siendo un pensamiento no contradictorio. Así, en nuestro caso, no obstante la presuposición de que el derecho y la moral se constituyen en esferas independientes o con enfoques diversos, es imposible señalar esta diferencia en la escueta proposición “No se debe matar”; con lo cual sucede que en el caso concreto no se verifica, lo que se afirma ser en el presupuesto. De la misma manera, el pensamiento de que la sanción es un mero acto de fuerza sin intrínseco sentido jurídico, que sobreviene con el fin de compensar el derecho quebrantado, resulta contradictorio con la afirmación de que los contenidos normados dogmáticamente son el derecho, a poco que se reflexione que la sanción es un contenido dogmático de esta naturaleza dentro de la norma, como lo acredita irrecusablemente cualquier norma de derecho penal.

Pero si bien se puede acompañar a Kelsen en el ejercicio de este criterio negativo de la verdad, no ocurre lo mismo cuando, como criterio positivo, se quiere obtener la verdad de la simple fuerza intrínseca del razonamiento correcto. Obsérvese la impecable corrección conceptual —pero sin más fuerza de convicción que esta impecable corrección conceptual—, con que Kelsen despoja de todo valor substantivo para la ciencia dogmática, a conceptos como los de deber jurídico y facultad jurídica; conceptos fundamentales en nuestra tradición jurídica y a cuya restauración y fundamentación se ha dirigido la teoría egológica por una vía hasta hoy inexplorada. Kelsen pártase de la conocida y exacta dis-

tinción entre voluntad y deseo: no se puede querer todo lo que se puede desear, porque sólo cabe querer un acto propio. Nuestra voluntad, en efecto, no tiene más campo de acción que el de nuestro propio cuerpo orgánico sobre el que actúa directamente. En tal sentido, lo que pueda llamarse "voluntad del Estado" no es el comportamiento de los súbditos (pensado en el precepto de no matar o en el de cumplir las obligaciones), sino el comportamiento de aquellos individuos que por su calidad de órganos (funcionarios) realizan el acto estatal típico, a saber: la ejecución de un acto coactivo como sanción. Es así como el Estado sólo puede querer aplicar sanciones. Y es así como la norma cuyo contenido es la sanción, es la única substantiva o con valor ontológico para el derecho, por cuya razón Kelsen, trabajando sobre una fundada identificación de derecho y Estado, la llama *norma primaria*. Obviamente esta norma que conceptualiza la aplicación de la sanción es un juicio hipotético, porque la aplicación de la sanción está lógicamente condicionada por la comisión de la transgresión: Si ha sucedido *A*, debe ser *S*; o sea: si alguien matare a otro, el matador debe ser encarcelado.

De todo esto resulta, ahora por vía de un desarrollo meramente conceptual, que el pensamiento de cumplir un deber jurídico como tal, a pesar de su forma normativa, sólo mienta el hecho de no incurrir en transgresión. Es decir, que esta norma sólo repite la mención de la primera, pero por el reverso. Por eso Kelsen llama a la conceptualización del deber jurídico *norma secundaria*. La norma secundaria no tiene, así, ninguna significación substantiva o valor ontológico para el derecho, porque sólo repite por el reverso la misma mención de la norma primaria. La norma secundaria, en su vacío nominalismo, sólo sería una *hipótesis auxiliar* de la técnica científica "destinada a lograr una más clara descomposición del hecho condicionante" o transgresión (1). El deber jurídico como concepto corre, pues, paralelo al concepto de transgresión, pero vacío de toda referencia propia porque sólo mienta, aunque por el revés, el hecho de la transgresión ya mentado por el concepto de transgresión. Con esto se comprende por qué el aspecto subjetivo del derecho queda disecado o espectralizado en la teoría pura de Kelsen y por qué, para él, el concepto de deber jurídico es la faz más importante del derecho en

(1) Kelsen, *Teoría general del Estado*, Cap. III, S. 10, C. Barcelona, 1934. Labor, S. A.

sentido subjetivo, a saber, porque sólo el deber jurídico corre en inmediato paralelismo con la transgresión.

A su vez, como el concepto de deber jurídico no puede definirse sino en correlación con el de pretensión o facultad jurídica de otro, aparece este nuevo concepto —que es el tradicional del derecho subjetivo— en una paralela más lejana, en forma del todo mediata, respecto del concepto substantivo de transgresión. Con lo cual el concepto de facultad jurídica no sólo resulta también vacío para la teoría de Kelsen, sino que además queda despojado de casi toda importancia.

La teoría egológica obliga a abordar todas estas cuestiones recurriendo a la intuición del objeto jurídico como criterio positivo de verdad. En lo que concierne a la clase de juicio que, clasificada por su relación, viene a ser la norma jurídica, echa mano al objeto en general que mienta la norma jurídica y verifica directamente sobre él mismo cuál estructura es la que le corresponde necesariamente para poder mentar aquello que la intuición le presenta.

En este sentido, hemos visto que la doctrina tradicional señala a la orden como el objeto jurídico en general. Kelsen, en cambio, con toda la imprecisión y defectos antes indicados, ha señalado simplemente la conducta humana sin mayor especificación. La teoría egológica señala la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.

Ahora bien, si figuramos por una línea AB la conducta posible de cuya representación jurídica se trata, en donde cortándola en cruz por un punto D ha de considerarse la otra conducta de la interferencia como una línea Mn , es de apodíctica evidencia que se ha de recurrir a un juicio disyuntivo para mentar con el concepto AB (conducta posible) la conducta efectiva que, en interferencia, cae bajo este concepto al alcance de la intuición sensible. Así, se tendrá que decir “la conducta del sujeto está entre A y D o entre D y B ”. Sin hacer entrar en la mención conceptual el punto D de la interferencia, es imposible mentar, con el concepto AB , la conducta en interferencia. Siguiendo con este esquema geométrico, tendríamos que decir que la conducta del sujeto está a la izquierda o a la derecha del punto de interferencia, para aludir con ello, a través de esta imagen, a que la conducta está impedida o no está impedida.

Vimos más arriba que la conducta es un objeto jurídico cuando la consideramos desde el ángulo de la posibilidad de que pueda

ser impedida. Este ángulo noemático subsiste invariable en sus dos posibilidades fácticas, sea que ocurra el impedimento, sea que éste no ocurra, pues también en el segundo caso se sigue considerando la conducta efectiva en su interferencia intersubjetiva: allí la interferencia impide y aquí la interferencia no impide.

Ahora, respecto de la representación conceptual que de ella da el juicio disyuntivo, agregamos que aunque la intuición, en cuanto realidad, sólo puede cubrir uno de los dos tramos de la disyunción, a esta realidad objetiva se la piensa sin embargo con la totalidad de la estructura disyuntiva, pues sólo así podemos aprehender su sentido, que es el de una interferencia intersubjetiva de conducta. La totalidad de la estructura disyuntiva es un sólo juicio disyuntivo, aunque lo descompongamos en partes o juicios que no tengan este carácter desde algún otro ángulo de consideración.

Transportando estas consideraciones a la lógica del deber ser, según la tenemos definida, queda verificada y fundamentada la tesis de la teoría egológica de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo. Y para evitar toda confusión verbal, tanto como para destacar la disyuntividad que se enuncia con la conjunción *o*, hemos propuesto llamar *endonorma* el primer tramo de la estructura disyuntiva que, en Kelsen, correspondería a la norma secundaria; y *perinorma*, al segundo tramo que en este autor correspondería a la norma primaria. Pero la diferencia es esencial y no meramente verbal (1): Kelsen habla de dos normas, si bien sólo una de ellas tendría significación substantiva; Kelsen no advierte la presencia de la conjunción *o* en toda enunciación jurídica. Para nosotros ni endonorma ni perinorma son de por sí normación jurídica; ambas se conjugan como partes en la estructura conceptual disyuntiva que es la norma jurídica; y ambas partes están dando conjuntamente el sentido de la representación, por referencia recíproca, de tal manera que aunque el dato intuitivo cubra sólo uno u otro de los tramos, el sentido de este dato viene del todo de la estructura.

XIV.—ESTRUCTURA DE LA NORMA JURIDICA

Sobre esta estructura así fundamentada y verificada, la teoría egológica procede a analizarla en sus detalles. Es la búsqueda

(1) Por lo demás, Kelsen, en *La idea del derecho natural*, S. 16, aunque sin advertir la estructura disyuntiva, rechazó expresamente la idea de la disyuntividad de la norma jurídica.

de los conceptos puros y fundamentales del pensamiento jurídico. Ya tuvimos oportunidad de decir que la norma es algo más que la normatividad, mera esencia de la norma en general. En esta tarea, como en la del análisis de cualquier objeto ideal, la teoría egológica toma una norma jurídica cualquiera de cualquier derecho positivo como un caso ejemplar, la somete al proceso de reducción eidética mediante el paréntesis fenomenológico y trata de llegar a la intelección de sus elementos integrantes.

Kelsen no se ha propuesto esta tarea en forma sistemática, aunque ha analizado espléndidamente algunos de estos conceptos fundamentales, verbigracia el de persona. Schreier se propuso semejante tarea, concluyendo que los conceptos fundamentales son cuatro: hecho, sujeto del deber, prestación y sanción. La teoría egológica habla de diez conceptos jurídicos fundamentales, de modo que presenta la estructura detallada de la norma jurídica, con el siguiente esquema:

- 1º Dado un hecho con su determinación temporal (Ht),
- 2º debe ser (Primera cópula imputativa)
- 3º la prestación (P)
- 4º por un sujeto obligado (Ao)
- 5º frente a un sujeto pretensor (Ao);
- 6º ó (Cópula disyuntiva)
- 7º dada la transgresión (No-P),
- 2º debe ser (Segunda cópula imputativa)
- 8º la sanción (S)
- 9º por un funcionario obligado (Fo)
- 10 ante la comunidad pretensora (Cp).

Con facilidad se advierte aquí la endonorma antes de la cópula disyuntiva; y la perinorma, después de ella.

La utilidad metódica de este esquema, para el científico, es directa y resaltante. Como el primer problema del jurista consiste en pensar normativamente su dato, es decir, traducir a norma su objeto de conocimiento, el precedente esquema le permite llevar a cabo esta tarea sin dejar ningún residuo fuera de su conceptualización y sin equivocar el lugar y significado sistemático de cada uno de los elementos contingentes que tenga que elaborar. Para ello le bastará proceder a superponer su problema jurídico concreto sobre el esquema normativo. Mientras no haya logrado identificar los diez elementos normativos de su propio problema, le será imposible a su pensamiento desenvolverse con sentido dogmático. Y mientras no los vea jugar con claridad, a

cada uno, con el significado que les asigna *a-priori* el esquema, alguna consecuencia con intrínseca absurdidad se enlazarán inmediatamente a su afirmación.

Tomemos el ejemplo de Kelsen, anteriormente citado, de que algunos regímenes jurídicos prescribían que en el caso de una larga sequía debía matarse a algún hombre. En el pasaje citado, Kelsen afirma que esta muerte —acto de coacción— es una sanción penal. Pero nuestro esquema nos hace ver el error con que Kelsen ha concebido este ejemplo, pues si la sanción está imputada a la transgresión, ¿cuál sería la norma secundaria que nos permitiera ver por el revés esta transgresión? ¿Acaso puede verse la interrupción de la sequía como el deber jurídico del transgresor? A nosotros nos parece claro que la muerte de un hombre como consecuencia jurídica de la sequía es una prestación a la que dicho hombre está obligado. Su *status* jurídico le impone el deber de dejarse matar en esas circunstancias, en un régimen, sin duda, monstruosamente injusto. Y sólo en caso de no allanarse a cumplir este deber, vendría la sanción, quizás como una muerte calificada en forma deshonrosa y ejecutada de quién sabe que crudelísima manera. Pero la muerte del ejemplo de Kelsen no es una sanción, sino una prestación, como es prestación la muerte en guerra a que nos obliga el servicio militar a nosotros los hombres del mundo civilizado; y como era prestación (sin duda inhumanas y desigualitarias) la del *status* jurídico que imponía a los judíos la legislación nazista.

Tomemos otro ejemplo del mismo autor, sobre un problema más importante para la teoría jurídica en general y en especial para la coherencia del sistema kelseniano. Kelsen ha estudiado en todas sus obras el asunto de la facultad jurídica. Nunca ha conseguido presentarlo como un sistema completo y cerrado de pensamiento; más bien ha subrayado unas veces ciertas modalidades del derecho subjetivo en tanto que facultad y otras veces, otras. Ha distinguido así varios planos superpuestos del problema y ha señalado varias acepciones del término como si no pudieran reducirse a la misma cosa. Su idea más firme al respecto, sin embargo, era la de ver a la facultad jurídica como el simple correlato paralelo y tautológico del deber jurídico. A un flanco de esta idea, si se hablaba de facultad jurídica refiriéndose a los derechos de libertad, ha llegado inclusive a negar substantividad jurídica a estas enunciaciones negativas (1). Pero por el otro

(1) Kelsen, *Teoría general del Estado*, parágrafo 26, D. (Ed. cit.).

flanco se dio con un caso excepcional de facultad jurídica a la cual no se le podía negar substantividad y la cual no aparecía como el correlato paralelo y tautológico del correspondiente deber: aquí encontraríamos que “el derecho de *A* para actuar respecto de *B* no coincide con el deber de *B* hacia *A*”. “Tal facultad jurídica existe cuando a un individuo el ordenamiento jurídico le concede la posibilidad de hacer efectivo el deber de otro promoviendo un juicio, y así poniendo en movimiento la sanción establecida para su violación” (1). Como se ve, es lo que ocurre en la organización procesal civil de los pueblos occidentales. Y bien, en este caso considera Kelsen, con incoherencia, que ya no basta la simple negación contradictoria del deber jurídico (transgresión), para tener el hecho antecedente al cual se imputa normativamente la sanción. Acá, por el contrario, según él, el hecho antecedente de la sanción es un hecho compuesto, constituido por la transgresión más la iniciación de la demanda libremente decidida por el sujeto pretensor. Nosotros creemos que aquí, como en cualquier otra norma, el hecho antecedente de la sanción que enuncia la perinorma, es exclusivamente la transgresión en tanto que opuesto contradictorio del deber jurídico; y el individuo acreedor es, en un régimen de economía liberal, el representante de la comunidad pretensora ante quien está obligado de dictar sentencia el juez como funcionario obligado del caso. De modo que si no hay pretensión de la comunidad, es decir, si el acreedor no interpone su demanda, no habrá sentencia por falta de obligamiento del juez, pero no porque no esté configurado totalmente *el hecho* antecedente de la sanción.

Esta utilización metódica del esquema normativo alcanza no solamente a los problemas de la teoría general del derecho, sino a los problemas bien concretos y especializados del jurista. Por ejemplo, para mencionar únicamente algunos temas sobre los que, en la Argentina, ya están trabajando juristas afiliados a la concepción egológica y que han brotado, en cada cual, espontáneamente de su propio interés especializado, si se va a estudiar lo que hoy se llama *abuso del derecho*, lo primero será establecer en cuál de los conceptos categoriales del esquema se localiza, conservando su sentido, eso que así se denomina. O si se va a estudiar qué es *el ejercicio de un derecho* que mienta un código penal, o *medida de seguridad*, o *buque*, o *avulsión*, o *expro-*

(1) Kelsen, *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, parágrafo VI. Buenos Aires, 1946, Losada, S. A.

piación o cláusula penal de las que autoriza un código civil, etc., en un determinado derecho positivo, lo primero de todo es ubicar el problema con ello referido, en la estructura normativa mediante el correspondiente concepto fundamental que da *a-priori* la dirección de la solución. Recuérdese, por ejemplo, cómo en la gratificación por el hallazgo de un objeto perdido o en las primas concedidas por el Estado a la exportación, se ha podido ver, por juristas distinguidos, *sanciones premiales*, hasta que Mario Alberto Copella ha disipado semejante equívoco con una monografía que se tornará clásica (1). El mismo Kelsen, con manifiesto error, ha podido ver en la oposición *licito-ilícito*, que es una oposición puramente lógica en cuanto que el ser de uno de los términos consiste en la simple negación del otro, una polaridad axiológica semejante a *bello-feo*, *justo-injusto*, etc. (2), sólo porque la disyunción *licito-ilícito* es necesaria a la conceptualización jurídica y había que buscarle alguna ubicación en la teoría del derecho, ya que para ella no hay lugar en la estructura de la norma jurídica entendida como juicio hipotético.

Sería del mayor interés teórico glosar los diversos conceptos fundamentales con que se integra la norma jurídica. Pero siendo ello imposible en atención a los límites que impone el presente artículo, reduciremos nuestra glosa en cuatro puntos (3):

1º Los diez conceptos fundamentales constituyen una estructura única, no un agregado de conceptos independientes. En tal sentido, es tan esencial cada parte, como las relaciones que guardan entre sí. Esto hace que no se pueda definir jurídicamente en contenido empírico localizado en alguno de ellos, prescindiendo del sentido que conjugan sobre él todos los otros. Lo sepa o no lo sepa el jurista, haya hecho o no haya hecho temático este punto para sí mismo, el jurista piensa su experiencia jurídica, siempre con alguna estructura normativa. De ahí la utilidad que tiene que prestarle el esquema que hemos dado, si es el que verdaderamente corresponde a la conceptualización jurídica.

(1) Mario Alberto Copella, *La sanción y el premio en el derecho*, Buenos Aires, 1945. Losada, S. A.

(2) Kelsen, *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, en el volumen *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. Losada, S. A.

(3) Por lo demás, ello, así como todo cuanto se dice en este trabajo, está tratado extensamente en nuestro libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1944. Losada, S. A. Para una introducción a la teoría egológica, con especial desarrollo del tema de la interpretación de la ley y la jurisprudencia de los tribunales, ver nuestro libro *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires, 1945. Kraft, S. A.

2º El primer concepto *Ht* ("Dado un hecho con su determinación temporal"...) es, primaria y esencialmente, una fecha existencial. Como cada norma representa la conducta de una persona, con el *Ht* se trata de señalar un punto en el tiempo a partir del cual esa conducta tiene este o aquel significado. La función primaria del *Ht* se la ve en la primera parte del siguiente enunciado: "*Desde este momento*, esta conducta tiene este significado."

Recurramos a una hipótesis de fantasía, para explicarnos mejor: si el derecho escrito estuviera dado por un legislador omnisciente, tal como se lo supone a Dios, bastaría que estuviera expresado en un registro alfabético o índice de todos los súbditos y funcionarios, donde el deber jurídico de cada cual estuviera consignado, hora por hora y minuto por minuto. Así, los jueces sabrían los deberes de los litigantes con sólo determinar el nombre de los mismos y la fecha a que se refería el caso, e inclusive leería su propia sentencia con buscar su propio nombre en la agenda, en la fecha que correspondiera dictarla.

Pero en la condición humana, el significado de la conducta se constituye en y por la conducta misma; por cuya razón se comprende que la fecha existencial desde la cual una conducta significa esto o aquello, no pueda ser establecida sobre el almanaque, corriendo sobre un tiempo abstracto y vacío. De ahí que la flecha existencial tenga que ser dada forzosamente por un hecho del mundo. Es irrelevante que este hecho sea un suceso de la naturaleza, como la sequía del ejemplo kelseniano, o un acto de la conducta misma como un contrato, porque unos y otros integran por igual la totalidad de la experiencia o mundo, que es lo que está definido por la temporalidad. A su vez, el mundo así entendido no puede ser separado de la conducta porque ésta, en tanto que vida humana viviente, consiste en ese *estar-siendo-en-el-mundo* que ha analizado la filosofía existencial. Y por esta razón de intimidad que así se señala entre conducta y mundo, se comprende que cualquiera sea el contenido dogmático a que recurra la norma para establecer la fecha existencial, este contenido no puede definirse jurídicamente por aparte, previamente, en su ser entitativo; sino que ha de tomarse como base, para determinar lo que con él quiere decir el derecho, la conducta misma cuyo momento inicial señala ese contenido. Por ejemplo, si el *Ht* de la norma se determina con *buque, fallecimiento del padre, acuerdo de voluntad*, etc., estos conceptos no se aclaran previa

y definitivamente con lo que digan el ingeniero naval, el médico o el psicólogo, sino que la base de su sentido jurídico partirá de qué comprensión de conducta permiten ellos efectuar al intérprete, siendo los conceptos contruídos sobre los mismos vocablos por el ingeniero naval, el médico o el psicólogo, nada más que criterios posibles para dar *valor objetivo* a la correspondiente comprensión jurídica de la conducta mediante ellos mentada. Pues no hay duda de que el *Ht* puede precisarse objetivamente con los conceptos contruídos por estas tres ramas de la ciencia, en los ejemplos citados; pero como el objeto del conocimiento jurídico, siendo la conducta, no es el mismo que el del ingeniero, el médico o el psicólogo, tampoco hay duda de que puede haber otros criterios igualmente objetivos para determinar el *Ht* referido en la norma con las mismas palabras, como lo comprueba a diario que juristas y jueces fijen en forma más laxa o más restringida el alcance de vocablos semejantes, afirmando que el derecho los usa en ese otro sentido.

Esto hace ver, como ya más arriba lo dijimos, que los contenidos dogmático-contingentes con que se determina el *Ht* de la norma, al igual que todos los contenidos dogmático-contingentes que aparecen en la norma, son formas sensibles de la conducta que la delimitan o perfilan en su exterioridad fenoménica, tal como las formas geométricas delimitan y configuran la substancia material de los cuerpos físicos.

3º Como el verbo *deber ser* es el concepto normativo primario, se comprende que la única representación directa que nos da la endonorma en su conjunto, es la de la prestación o deber jurídico. Todos los demás conceptos fundamentales de la endonorma concurren necesariamente, pero no más que concurren, a esta representación conceptual. No hay, en la ciencia del derecho, una representación directa de la persona o de la facultad jurídica, por ejemplo; sólo la hay de la prestación, aunque para representársela debidamente haya que echar mano de todos los otros conceptos. Así, por ejemplo, si quiero referirme al derecho del acreedor o a mis derechos de libertad, tengo que construir el concepto normativo sobre la base de la prestación que le es debida al acreedor o sobre el deber de todos los demás de respetar mi autodeterminación personal. De la misma manera, si quiero referirme al derecho que tiene el deudor de poder cumplir su deber jurídico, tengo que construir el correspondiente concepto normativo sobre la base de la obligación de los demás de no impedirle su ejecución.

Esta primacía de alcance simplemente conceptual, es la única que tiene el concepto de deber jurídico sobre el concepto de facultad jurídica, cuando se estudia el derecho en sentido subjetivo. No es una primacía esencial, como ha creído ver la doctrina moderna, porque son conceptos absolutamente correlativos y, en tal sentido, igualmente esenciales e indispensables: no hay deber jurídico sin facultad jurídica y viceversa. Más aún: ontológicamente el *prius* corresponde a la facultad jurídica porque no se llega a la prestación sino a través de la facultad, que es la libertad actuante, es decir, la vida en presencia. Se quiere la prestación, y en ello, el querer en acto es la facultad, y lo querido la prestación. No importa que se trate de una obligación de hacer o no hacer: siempre se puede considerar la conducta como conducta cumpliéndose (facultad) y como conducta cumplida (prestación). Aquello es el querer en acto y esto es lo querido, aunque sólo esto sea lo debido. Precisamente porque el deber jurídico es la conducta ya hecha y concluida en su trayectoria vital, se comprende que sólo la prestación, en cuanto hecho objetivo, dé a la ciencia la posibilidad de pensarla científicamente.

4° Algo paralelo ha de decirse de la perinorma y de su correspondiente cópula verbal: la sanción es la única representación conceptual directa que nos da la perinorma. Sólo que por sanción ha de entenderse la vida real efectiva del hombre sobre que recae el acto de fuerza condicionado, en cuanto este acto de fuerza pasa a ser parte de aquella vida. La sanción no es el acto de fuerza en sí y por aparte; no era sanción de ninguna especie la azotaina que Jerjes hizo dar a las aguas del Helesponto. La sanción que representa la perinorma en su conjunto, mienta la conducta de la misma persona que debía la prestación en cuanto esta conducta es su vida plenaria ahora modificada por el acto coactivo condicionado. Con la perinorma, la norma sigue mentando conducta, y no otra conducta que la de la misma persona que estaba en juego en la representación de la endonorma.

A este respecto es curiosa la desviación que tiene la teoría jurídica: ha prescindido, en la conceptuación, de la vida del transgresor como si ella no fuera un dato de la experiencia jurídica después del entuerto. Y nos ha hablado de la sanción, a veces como si fuera el mero acto de fuerza por aparte, y otras veces como si fuera el acto del juez. Pero notoriamente el acto del juez es su deber jurídico de funcionario, no es la sanción. La sanción,

como hemos dicho, es la vida del transgresor que se constituye ahora integrada por el acto de fuerza condicionado.

Sólo esta vuelta de atención a la realidad nos permite comprender que la sanción sea un concepto jurídico fundamental irreductible a los otros (en particular al de prestación), al propio tiempo que nos permite explicar la consecutividad de las normas en su coordinación.

XV.—LA COORDINACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

Las relaciones de subordinación y supraordinación de las normas jurídicas han sido satisfactoriamente desarrolladas por la teoría pura del derecho, con su concepción de la pirámide jurídica. Pero todavía están por estudiarse sus relaciones de coordinación lógica en un mismo plano.

La idea de que la norma jurídica es un juicio categórico, implícita en la concepción tradicional, no da margen para ligar, con enlace lógico, unas a continuación de las otras, las normas de un mismo plano normativo. En consecuencia esta concepción no suministra la estructura del enlace de una norma con otra en relación de coordinación, ni se hace cargo del fenómeno incontrovertible de tránsito dinámico que nos lleva consecutivamente de una relación jurídica a otra, en la experiencia. El juicio categórico, en tanto que estructura cerrada y encerrada en sí misma, coloca aisladas entre sí las múltiples normas, unas al lado de las otras, sin puentes de tránsito; de manera que la actualización sucesiva de *la voluntad del Estado*, concuerda con las normas con las que debe concordar, no porque siga un camino lógico trazado de antemano que la lleve a ello, sino por algo así como una misteriosa armonía pre-establecida entre norma y realidad.

La idea kelseniana de que la norma jurídica es un juicio hipotético, permite encarar el problema de la consecutividad lógica de las normas en plano horizontal, porque el planteamiento de una condición como hipótesis para la validez lógica de un juicio, permite utilizar a esa condición como puente de unión con otro juicio siempre que lo contrario lógico de esa condición sea el contenido del otro juicio. Siendo tal la relación entre transgresión y prestación, se ha dado con una relación puramente lógica para ligar dos juicios diferentes. De esta manera, dos juicios de deber diferentes (el que versa sobre la prestación y el que versa sobre la sanción), se encuentran entre sí ligados por el eslabón de la

transgresión, que excede del primero en relación contradictoria y que excede del segundo en relación condicional. El derecho se actualiza, así, en deberes consecutivos enlazados en sucesión. Tal es la transitividad de las normas a que alude Schreier (1) y que Kaufmann, con mayor detenimiento, analiza en cuanto sucesión de deberes jurídicos: "Un sujeto *A* debe actualizar una conducta *V*"; si no hace esto, debe tener lugar respecto de él una conducta *V*" por otro sujeto" (2).

No está claro en estos autores cuál de los principios lógicos, si el de contradicción o el de tercero excluido, es el que establece la relación entre el juicio hipotético y el juicio que lo precede como prestación. La teoría egológica ha precisado los términos y ha señalado que es el principio del tercero excluido, con su idea de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo. Por eso, siendo la relación del opuesto contradictorio la que existe entre prestación y transgresión, la teoría egológica reclama que se reconozca a la conjunción *O* el carácter de concepto fundamental que hace ver de verdad la relación lógica que existe entre endonorma y perinorma.

Pero con esto se advierte también la doble diferencia que separa a la concepción de la consecutividad de las normas que ofrece la teoría egológica y la que, sobre base kelseniana, da Kaufmann:

Por un lado, Kaufmann, que olvida la conjunción *O* y, con ella, la sanción en el sentido propio que ha sido definida más arriba, se ocupa directamente del deber del súbdito (prestación) y del deber del juez, que también es prestación según ya vimos. Considera, sin duda, dos normas: una que representa la conducta del súbdito y otra que representa la conducta del juez. Pero sobre ello nos viene a decir únicamente que el deber del juez subsigue al deber del súbdito *porque* la normatividad jurídica, en tanto que estructura lógica, es así. En lo cual se desliza una hipóstasis porque el *sentido* que se realiza en ese tránsito de una norma a otra, sólo es el de una estructura lógica de las normas, y no se comprende cómo la mera idealidad lógica pueda tener esta virtud operante sobre la realidad humana que es el derecho.

Por otra parte, cualquiera sea la estructura lógica con que se presente el enlace de dos normas consecutivas, la teoría ego-

(1) Fritz Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, págs. 114, 162, 167, 241, 243 y 244. Buenos Aires, 1942, Losada, S. A.

(2) Félix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft*, p. 91 (Tübingen, 1922, Mohr), y *Die Kriterien des Rechts*, p. 71 (Tübingen, 1924, Mohr).

lógica sólo ve en ello la conceptualización adecuada que acompaña al tránsito desde el deber de una persona hasta el deber de otra persona; pero nunca la razón de ser inmanente del tránsito mismo. En tal sentido tenemos que reconocer que el precedente reajuste, mediante el principio del tercero excluido, nos ha llevado desde la prestación, con la endonorma, hasta la sanción, con la perinorma; pero no todavía a la representación de ningún nuevo deber ni a una nueva norma. Mientras a esta altura del análisis Kaufmann ya ha saltado a otra norma y, con ella, a la conducta de una nueva persona (v. g. la del juez que sentencia), nosotros sólo tenemos a la vista todavía la conducta del súbdito. Y es en esta misma que tendremos que ver con evidencia inmediata el fundamento del deber consecutivo del juez, porque buscamos una relación *real* de tránsito y no una simple relación estructural entre normas. Esta relación real no es la de una causa y un efecto, porque semejante relación causal no traduce la realidad del derecho. Buscamos una realidad significativa que sea, al mismo tiempo, por su sentido, transgresión para el súbdito y deber para el juez. Así, el tránsito de un deber a otro será el tránsito entre dos sentidos que se co-implican e integran recíprocamente; con lo cual no diremos que un deber subsigue a otro deber *porque* la normatividad *es así*, sino que un deber subsigue a otro deber *en* una normatividad *que es así* porque el sentido del primero como realidad humana se integra en el sentido del segundo que también es realidad humana.

La respuesta nos parece fácil de encontrar, volviendo una vez más al objeto del conocimiento en su nota definitoria, a saber, a la interferencia intersubjetiva. Veamos: tratando sólo de representar la conducta de una persona *A* con la norma completa que a ella se refiere, en la endonorma encontramos una interferencia intersubjetiva que hace objeto jurídico a esa conducta. En efecto, allí encontramos al sujeto *B* como sujeto pretensor; según la endonorma de *A*, *A* debe respetar la vida de *B*, por ejemplo. Pero en la perinorma de *A*, es decir, dado el supuesto contrario de que *A* haya quitado la vida a *B*, encontramos a *A* en una nueva interferencia intersubjetiva como condición para que esta su conducta sea derecho; será ahora la interferencia de conducta entre *A* y el juez, por cuya razón la perinorma de *A* dice que *A* debe ser encarcelado.

Respecto del encarcelamiento de *A*, la decisión del juez aparece como condición cuando nos representamos la conducta de *A*

en la cárcel, que es la sanción. Pero nada impide que, sobre el mismo *factum* de conducta intersubjetiva, nos representemos la conducta del juez. Naturalmente que ello lo haremos con otra norma, siendo claro que la actuación del juez estará representada con una endonorma, es decir, como un deber jurídico del cual ahora es condición la conducta de A, a saber, el homicidio que ha cometido. (No hay que olvidar acá, como bien lo ha establecido Kelsen, que transgresión y sanción son términos indisolublemente correlativos: se conoce el delito determinando la sanción y, simultáneamente en un proceso dialéctico, se conoce la sanción determinando el delito. Laureano Landaburu (h.), en los trabajos antes citados, ha puesto definitivamente en claro que sólo para una concepción naturalista de la experiencia jurídica el delito aparece en el pasado y la sanción en el futuro. En rigor, como experiencia jurídica que tiene lugar en el tiempo existencial, el delito y la sanción, en la unidad de su significación jurídica, son por igual presente en la interferencia de conducta judicial, que es la sentencia). A poco que se reflexione sobre la proposición "Dado el homicidio debe ser la prisión del homicida", se comprende que esta proposición puede integrar dos representaciones de conducta: una, la representación de la conducta del homicida; y otra, la representación de la conducta del juez que lo condena.

El siguiente esquema nos permite visualizar cómo la perinorma de A coincide en su extensión lógica o denotación, con la endonorma del juez, no obstante que sean diferentes la comprensión lógica o connotación de una y otra porque el objeto que representa la una es la conducta del transgresor, en tanto que el objeto que representa la otra es la conducta del juez:

a	b	c
		
		
		
d		
	e.....f	
	g	h

[Handwritten signature]

El rectángulo *acdf* es la norma completa que mienta la conducta del súbdito *A*, de nuestro ejemplo; el cuadrado *abde* es su endonorma y el cuadrado *bcef* es su perinorma. La parte sombreada es la conducta que, como objeto del conocimiento jurídico, ha ocurrido realmente: *A* ha sido encarcelado por haber quitado la vida a *B*. Esta sanción encuentra su significado, es decir, es pensada, con toda la norma *acdf* como juicio disyuntivo. Pero el cuadrado *bcef* es, al propio tiempo, la endonorma de la norma completa *bcegh* con que representamos la conducta del juez correspondiente. También aquí el sentido de la conducta del juez es pensado con la totalidad disyuntiva de su respectiva norma, aunque la perinorma *efgh* no tenga cumplimiento intuitivo porque el juez no ha transgredido. El dato intuitivo de conducta intersubjetiva que cae bajo la extensión lógica de *bcef*, pensado horizontalmente, es un perinorma y en ella la conducta del juez sólo es una condición integrante de su sentido jurídico; pero el mismo dato pensado verticalmente es una endonorma y en ella la conducta del transgresor sólo es una condición integrante del sentido jurídico que corresponde a la otra conducta (la del juez, por ejemplo).

Así, con esta superposición de perinorma y endonorma fundada en su común extensión lógica, se encadenan las diversas normas de un mismo plano normativo. La consecutividad o transitividad de las normas jurídicas es, sin duda, una estructura lógica del pensamiento jurídico que tenía que ponerse en claro para que el pensamiento científico pueda aprehender la dinámica del derecho en su movimiento de coordinación. Pero libres de toda hipótesis, vemos el fundamento de esta dinámica, no en la consecutividad, sino en el tránsito significativo real y efectivo que, como fenómeno de sentido, lleva de un deber a otro deber jurídicos.

XVI.—EL REPROCHE DE SOCIOLOGISMO JURIDICO

Esbozada en todo lo que precede, la concepción egológica del derecho, ¿ha de decirse que ella disuelve la ciencia dogmática en una sociología jurídica?

No nos parece fundado semejante temor, que nace de la simple consideración de que la sociología jurídica es una ciencia de la realidad y de que la teoría egológica afirma que también la ciencia dogmática es una ciencia de la realidad. Pues del propio planteamiento que hace la teoría egológica surge, respecto de la

sociología jurídica, una diferencia de objeto del conocimiento y una diferencia de método de conocimiento, que impide aquella disolución de la dogmática.

En lo que concierne al objeto del conocimiento, si bien éste es la conducta humana para ambas ciencias, es de notar que la sociología jurídica estudia el deber ser positivo o ideal real de la conducta, en su ser efectivo; en tanto que la ciencia dogmática del derecho considera el ser de la conducta en su deber ser positivo o ideal real. Allí hay un conocimiento por explicación mediante nexos causales que transcurren en el tiempo cosmológico con fundamento en el pasado. Aquí hay un conocimiento por comprensión de significados espirituales que transcurren en el tiempo existencial, teniendo su fundamento de temporalidad siempre en el presente, y acaso mejor en el futuro.

En lo que concierne a la conceptualización científica, la sociología jurídica se levanta sobre la lógica del ser; en tanto que la ciencia dogmática se levanta sobre la lógica del deber ser. Aunque sea una ciencia de la realidad, la dogmática funda sus proposiciones siempre en lo que debe ser. Y esto es ya un deslinde infranqueable que impide toda posible disolución en una sociología jurídica.

Estas diferencias abstractas se ven en concreto con la mayor claridad, considerando la doble posibilidad (posibilidad limitada, pero innegable) que tiene la libertad fenoménica de conservar o modificar sus valoraciones. El propio Kelsen, después de distinguir las faenas de la sociología jurídica y la jurisprudencia dogmática, reconoce que “desde el momento de la jurisprudencia normativa considera a las normas jurídicas como válidas sólo si pertenecen a un orden jurídico que sea generalmente eficaz, esto es, realmente obedecido y aplicado, no puede existir una gran diferencia entre la conducta real y la jurídica de los órganos de aplicación del derecho. Mientras el orden jurídico en conjunto sea eficaz hay la mayor probabilidad de que los tribunales efectivamente decidirán como deben hacerlo según la jurisprudencia normativa” (1). En este caso, la predicación sociológica, fundada en el pasado, coincidirá con la determinación normativa fundada en el presente, sin que esta coincidencia sea motivo suficiente para creer que se han confundido las tareas de una y otra ciencia, ni de que una ha quedado disuelta en la otra.

(1) Kelsen, *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, parágrafo II, pág. 219. Ed. Cit.

Pero de hecho la libertad, en tanto que *causa-sui*, puede apartarse de las formas que ella misma se ha trazado. Este hecho, que hace ver el ser de la conducta en su deber ser, está mentado por toda norma en cuanto que toda norma deja siempre, al arbitrio del órgano, un ámbito de libertad en la interpretación. En estos casos, al margen de toda predicación sociológica y aun, prácticamente, en contra de toda posibilidad de predicción, la determinación normativa se cumple con toda precisión sin mengua de la validez ni de la eficacia de las normas. Precisamente la eficacia se comprueba en cuanto estaba en la norma como un deber indeterminado. Podrá venir la sociología *a-posteriori* a explicarnos este resultado contrario a sus antecedentes; pero cualquiera sea el valor de esta explicación *ex post facto*, es lo cierto que el conocimiento normativo nos habló de esa realidad con anterioridad y con toda autonomía. Solamente la hipótesis ingenua de un sociólogo tan omnisciente como Dios, que conociera todas las causas, pone a la sociología, en este caso, al nivel de la dogmática. Pero ¿de qué sirve esta hipótesis si nunca se verifica? ¿Por qué no pensar, más vale, en la autonomía científica de la dogmática que realiza a diario semejante hazaña? Pues, sea que coincidan la ciencia dogmática y la sociología jurídica, sea que la ciencia dogmática se haya anticipado y aun que haya ido más allá de las posibilidades efectivas de la sociología, es obvio que la determinación dogmática se ha logrado mediante una fundamentación que es totalmente ajena a la visión de la sociología.

De esta manera la teoría egológica, lejos de disolver la dogmática en sociología jurídica, asegura su independencia; pero al propio tiempo da margen para colocar en su verdadero lugar, fijando su significación dogmática, a esa *apetencia lógica* que se nota incuestionablemente en los juristas contemporáneos en reacción al formalismo.

XVII.—ACLARACION SOBRE Kelsen Y SU AUTO-INTERPRETACION

La teoría egológica se ha empeñado en autenticar una interpretación de la teoría pura del derecho como lógica jurídica formal. Esto no significa que negara las tentativas de interpretarla de otra manera, porque justamente la teoría egológica ha analizado estas otras interpretaciones para denunciarlas en sus falacias.

Pero ¿qué significa hablar de la interpretación auténtica de la teoría pura del derecho? Por cierto que no significa dirigirse al propio Kelsen, preguntarle si su intención fue elaborar una

15

lógica jurídica formal y atenerse a su respuesta, como hacen hoy, poco más o menos, en la Argentina, aquellos reaccionarios de la ciencia que creen que la filosofía consiste en repetir y no en repensar por propia cuenta los problemas por sus fundamentos.

Este punto tiene interés para los estudiosos latinoamericanos por el tinte tan particular con que se ha actualizado en la Argentina, a raíz precisamente de la opinión personal de Kelsen manifestada a los profesores Luis E. Nieto Arteta, de Bogotá (Colombia), y Josef L. Kunz, de Toledo (Ohio). Kelsen, interrogado por ellos sobre el alcance de simple lógica jurídica formal que la teoría egológica asigna a la teoría pura del derecho, ha dado la respuesta categórica de que "no puedo aceptar esta interpretación, que no corresponde ni a su intención ni al sentido de su teoría. No cree en una pluralidad de lógicas... Usa la lógica general, pero la aplica no a los objetos del ser, sino a los objetos del deber ser, las normas... La teoría pura no es de ninguna manera pura lógica jurídica formal: es ciencia general del derecho, y por estudiar el derecho internacional, es también ciencia especial del derecho internacional (1).

Cuando en 1934 fui designado profesor de filosofía del derecho en la Universidad Nacional de La Plata, me cupo el honor de introducir el estudio de Kelsen en la enseñanza de las universidades argentinas. Como es de rigor en la historia de las ideas, frente al entusiasmo ardiente de los estudiosos jóvenes, surgió la resistencia no menos ardiente de los viejos. Kelsen, por perturbador, se convirtió en algo así como en el enemigo público N° 1 de los estudiosos jurídicos para la falange de positivistas, escolásticos, stammlerianos, exégetas y tradicionalistas de toda especie. Pero estos movimientos de reaccionarismo científico, por lo común no se basan en un conocimiento meditado del autor que se combate —y a veces ni siquiera en un conocimiento superficial—, sino que sólo son un acto de conservación de una tranquilidad intelectual personal, que no es agradable abandonar en el riesgo de una aventura que nos exige colocarnos en el punto de partida. Cuando ello ocurre, la resistencia resulta vejatoriamente ineficaz. Y así sucedió que, en la Argentina, los entusiastas de las nuevas ideas se multiplicaron espectacularmente y se siguen multiplicando. La

(1) La opinión de Kelsen puede leérsela en el artículo del citado profesor colombiano, *Un diálogo con el profesor Kelsen sobre lógica jurídica*, publicado en el N° 3 de la Revista de la Universidad Nacional de Colombia, año 1945; y en carta del profesor Kunz al autor, de fecha 12 de enero de 1946, conocida entre los estudiosos argentinos más próximos a mis actividades. Lo transcripto es de esta última fuente.

corriente, como ortodoxia o como herejía, tocó todas nuestras universidades; los libros de Kelsen se agotaron y hubo que imprimir nuevas ediciones.

Quiero recordar esta anécdota como símbolo y como un llamado a la conciencia científica de quienes la tengan: En rueda de profesores, saltó, con ironía a mí dirigida, el tema de esta enseñanza jusfilosófica que perturbaba la enseñanza del derecho positivo argentino. Las teorías kelsenianas de la voluntad jurídica y de la persona, que yo exponía en el doctorado de jurisprudencia, habían sido llevadas a las aulas de derecho civil por algunos alumnos. Un colega, buscando apoyo, recabó la opinión de un distinguido catedrático de derecho civil. Y éste dijo, poco más o menos lo siguiente: “Efectivamente, yo encuentro a Kelsen muy vago, poco concreto; queda siempre en las alturas, sin descender.”

—“¿Kelsen vago y poco concreto, doctor? —dije yo—. ¿Podría usted precisarme el punto en que lo ha encontrado vago y poco concreto? Me interesa saber qué ha leído usted de Kelsen que justifique ese juicio, porque a mí me parece todo lo contrario.”

—“Yo no he leído nada de Kelsen todavía. Sólo tengo esa impresión” —fue su respuesta.

Lo cierto es que cuando la teoría egológica fue surgiendo impulsada por la teoría pura, en todo aquello en que aspira a integrarla y en todo aquello que es privativo de la teoría egológica, la falange reaccionaria, en verdad no anoticiada, entendió que sólo se trataba de la teoría pura. Ambas eran rechazadas como pensamiento aberrante; y la aberración era de Kelsen.

Pero los partidarios de una y otra, en creciente multiplicación, libraron muchas batallas ejemplares. Para no citar más que un caso, es de recordar la sesión del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, de diciembre de 1945, donde se estudió el tema de la responsabilidad criminal de las personas colectivas en base a la doble relación egológica formulada por los miembros del instituto, doctores Enrique R. Aftalión y Julio Cueto Rúa. Frente a la *doctrina* negatoria de nuestros criminalistas tradicionales en masa, que consideraron una imposibilidad o una herejía semejante responsabilidad, los relatores trajeron a cuento la *jurisprudencia* favorable de la Corte Suprema Nacional y explicaron y justificaron esta jurisprudencia a la luz de la teoría pura y la teoría egológica.

Con todo, últimamente, desde que se ha sabido la opinión de Kelsen sobre la interpretación egológica de la teoría pura del

derecho como mera lógica jurídica formal, han cambiado bastante las cosas: Kelsen ha dejado de ser perturbador; ya no es más el enemigo público número 1 de los estudios jurídicos; perturba —y en mucho más alto grado— sólo es la teoría egológica; Kelsen es otra cosa; él mismo lo ha aclarado; no hay por qué complicar a Kelsen con las cosas de la teoría egológica. Es claro que para estos *partidarios* de Kelsen sigue siendo lo de menos que se estudie o no a Kelsen; y no es problema el que la teoría egológica, con su interpretación de la teoría pura, sólo pretenda absorberla, pero no modificarla.

De todo esto resulta un interés positivo en aclarar qué significa hablar de una interpretación auténtica de la teoría pura del derecho. No es dirigirse a Kelsen, preguntarle sobre su intención personal y atenerse a ella. Pues ¿James Watt descubrió una nueva fuerza industrial o un entretenimiento?; Colón, ¿descubrió un nuevo mundo o una nueva ruta hacia las Indias?

La teoría egológica habla de una interpretación auténtica de la teoría pura del derecho como lógica jurídica formal, en base al análisis temático de la propia teoría pura y tomando como criterio de decisión la verificación que a ella le confiera la experiencia jurídica. Es claro que para esto último hay que tener una teoría de la experiencia jurídica, que es lo que fundamentalmente es la teoría egológica, según se colige de todo lo que hemos expuesto en este trabajo.

El análisis temático de la teoría pura del derecho, realizado por la teoría egológica, incide sobre cinco puntos que acá nos limitaremos a señalar escuetamente:

1º Los temas de la teoría pura en general, son temas de pura y simple lógica: análisis de la estructura de la norma como juicio, explicitación de las conexiones normativas en plano lógico y criterios de la sistematización arquitectónica de las normas. La teoría pura, por su materia, es reconducida a la lógica (1).

2º La tesis central de la teoría pura, de que la norma es un esquema de interpretación, desarrollada consecuentemente en todas sus implicaciones pre-temáticas, se aclara a sí misma como

(1) Debo señalar las valiosas sugerencias, confirmatorias de esta conclusión, apoyadas en el libro de Husserl, *Lógica formal y trascendental*, que contiene el *Prólogo* escrito por Ambrosio L. Gioja, a la traducción del libro de Kelsen, *La paz por medio del derecho*. (Buenos Aires, 1946, Losada, S. A.). Gioja sostiene, en síntesis, que Kelsen hace lógica porque recurre a la formalización y no a la abstracción ideatoria.

la relación significativa entre el concepto y el objeto. Es decir, relación gnoseológica entre norma y conducta.

3º La aclaración temática de la relación entre la norma y sus ámbitos espacial y temporal de validez, es la misma que el espacio y el tiempo tienen en Kant respecto de los conceptos del entendimiento.

4º Coordinación temática entre la teoría pura y los desarrollos kelsenianos de que el derecho es la fuerza monopolizada en favor de la comunidad. Es decir, hallazgo del derecho en el mundo fenoménico y conceptualización del fenómeno.

5º Coordinación temática de la teoría pura con los desarrollos kelsenianos axiológicos, como cuando habla de la paz, dando cabida a un criterio empírico de verdad jurídica.

En base a este análisis temático de la propia teoría pura del derecho, la teoría egológica, sin alterarla, puede limitar auténticamente su valor al de una lógica jurídica formal. En tal sentido la teoría egológica se integra con la teoría pura, puesto que la absorbe. Pero esta reconducción a la lógica, de por sí, sólo es una reconducción posible. Todavía falta el criterio de verdad que consolide esta reconducción y, con ello, que salve a la teoría pura del derecho como doctrina valedera.

Este criterio decisorio no es la opinión de ninguna persona individual, así fuere el propio autor esta persona. Tampoco puede surgir, por análisis immanente, del plano abstracto en que se desarrolla la propia teoría pura, consistiendo ella misma en tales abstracciones, pues bien se sabe que la corrección intrínseca de un pensamiento no basta para asegurar su verdad. Para nosotros este criterio viene de la experiencia jurídica, en la medida en que esta experiencia acredite que la forma de pensar el derecho es, efectivamente, ese conjunto de formas que ha descarnado la teoría pura. Esto supone, sin duda, una teoría de la experiencia jurídica. A ésta se la encuentra en la teoría egológica, pero es inútil buscarla en la teoría pura.

No vamos a aclarar aquí cómo es que la forma del pensamiento jurídico es la forma misma de la experiencia jurídica; es decir, cómo la validez del pensamiento jurídico como tal pensamiento jurídico, es al propio tiempo la validez del derecho mismo en cuanto fenómeno, porque nos llevaría muy lejos por caminos bien conocidos de los filósofos. Pero sí vamos a subrayar que en la experiencia jurídica (por ejemplo, en el hacer de los jueces cuando dictan sentencia), se ve a su pensamiento moverse de

acuerdo a los esquemas trazados por la teoría pura, aunque, por cierto, puedan no tener noticias de ella; pero jamás se ve que el derecho que constituyen y que así conceptualizan, emerja tan sólo de los elementos formales a que atiende exclusivamente la teoría pura.

Es claro que la opinión de Kelsen sobre el alcance de la teoría pura del derecho como mera lógica jurídica formal, es algo del más subido interés. Pero no tanto por ser el autor, no en cuanto declaración de su personal intención teórica, sino por las calidades excepcionales de lógico y de jurista que posee. En tal sentido, es de lamentar que su desconocimiento del idioma castellano le impida re-pensar con la teoría egológica todo lo que ésta ha hecho temático en torno a la teoría pura. Mientras Kelsen crea que la teoría egológica simplemente re-edita planteamientos anteriores de la doctrina jurídica, su opinión sobre el punto que nos interesa tendrá, por fuerza, que repetir sus certeras críticas al jusnaturalismo o al empirismo. Pero estará fuera de cuestión, sorprendido acaso de que la teoría egológica comparta y aun refuerce tales críticas. Mientras Kelsen no haga temáticos los problemas que ha abordado la teoría egológica, todas sus aclaraciones sobre la interpretación auténtica de la teoría pura del derecho, serán, para nosotros, ambiguas y polivalentes, susceptibles de ser interpretadas en dos direcciones. Es la experiencia que nos dan sus libros, los más antiguos como los más recientes. Y no puede ser de otra manera, por la misma razón de que no puede ver la fachada de un edificio el morador que está adentro.

Que, luego de hacer temático todo lo que hay de pre-temático en la teoría pura, pueda todavía tener divergencias con nosotros, es muy posible; pero también es posible que haya más de un punto de acuerdo. Lo que no es posible es que rechace la reducción de la teoría pura a lógica jurídica formal, sin hacerse temáticas las bases de esta reducción y en atención a la intención teórica que lo inspiró. El significado de una doctrina no depende de la intención personal de su autor, sino de lo que realmente esa doctrina resulta ser en la esfera de la ciencia.

En este sentido, no se nos escapa que la teoría egológica tampoco se libra de la tacha de concluir en sociología jurídica, por el mero hecho de que no haya sido esa nuestra intención teórica. Lo que en verdad importa es qué resulta ser ella de hecho. El profesor Kunz abriga este temor: "desde el momento que se hace a la conducta humana el objeto de la ciencia del derecho —dice—, se

párte para una sociología del derecho''. Sin embargo, con toda cautela, lo consigna como un temor. Pues es claro que mientras la teoría egológica no recaiga en explicaciones sociológicas, falta el argumento con que habría de acusársela. Si el argumento es de hecho, mientras no haya hecho, todavía no hay argumento. Pues de la simple posibilidad innegable de que partiendo de la conducta humana se llega a la sociología jurídica, no se deduce la necesidad de este recorrido; porque aquello es así siempre que se parta de la conducta humana *considerándola como naturaleza*. Importa, pues, no sólo el objeto (la conducta), sino que también el ángulo de enfoque. Y es obvio que hay otros ángulos de enfocar la conducta, que no la consideran como naturaleza; por ejemplo, el ángulo fenomenológico y el ángulo existencial están más allá de todo reproche sociologista.

En este punto, sí sabemos que vamos a discrepar con Kelsen, porque Kelsen, sin ninguna cautela, se atiene, como única posibilidad teorética, "a que la conducta humana es parte de la naturaleza y está bajo la ley de la causalidad. De tal manera que adoptar la conducta humana como objeto de la ciencia del derecho, *debe* conducir a la sociología del derecho, porque la conducta es un hecho del mundo exterior" (transcripción de la citada carta del profesor Kunz). Pero ante esta tremenda discrepancia de fundamento, la teoría egológica está muy tranquila, por grande que sea la autoridad de Kelsen. Después de todo lo que el pensamiento filosófico debe a Rickert, Dilthey, Bergson, Husserl, Scheler y Heidegger, nosotros consideramos que la teoría egológica lleva todas las de ganar, cuando afirme en polémica que la conducta humana, en tanto que vida plenaria del hombre, no es naturaleza a pesar de ser experiencia. El empirismo jurídico es un prejuicio naturalista y acaso ha sonado la hora de extirpar este prejuicio de la ciencia jurídica. No se lo extirpa con el logicismo, porque tenemos experiencia de lo natural y experiencia de lo cultural. Y la experiencia pura, integral, esa que reclama Risieri Frondizi como punto de partida del filosofar y que aparece como común fundamento de ambos términos, es algo irrenunciable para quien investiga con neutralidad.

Buenos Aires, julio de 1946.