

## LA POLEMICA ANTI-EGOLOGICA (\*)

(Respuesta al profesor Hans Kelsen)

*Amicus Plato, sed magis amica veritas*

por CARLOS COZZIO

SUMARIO: I. Alcance de esta respuesta. - II. Teoría pura "stricto sensu" y "lato sensu". - III. El axioma ontológico de la libertad. - IV. La pregunta por el objeto "Derecho". a) La respuesta egológica. - V. La pregunta por el objeto "Derecho". b) La respuesta kelseniana. - VI. Estática y dinámica jurídicas. - VII. Conclusiones y aclaración final.

### I. - ALCANCE DE ESTA RESPUESTA

Las siguientes palabras de Edmund Husserl, dirigidas contra Mauricio Schlick en el Prólogo de su Sexta Investigación Lógica, al parecer merecen recordarse con frecuencia en las polémicas científicas; por lo menos en el presente caso ellas son harto pertinentes: "Hay autores que con desembarazo imponderable practican una crítica despectiva basada en lecturas tan poco concienzudas que les llevan a la audacia de atribuir a la fenomenología y a mí, los mayores absurdos. Leemos con asombro... (aquí se transcribe un pasaje de la «Teoría general del conocimiento» de Schlick). Todo aquel a quien sea familiar la fenomenología ha de reconocer la total imposibilidad de que yo haya expresado nunca una afirmación tan insensata como la que me atribuye Schlick en las frases subrayadas, y ha de reconocer también la falta de verdad en su restante exposición del sentido de la fenomenología. Naturalmente, he exigido una y otra vez: *estudios penosos*. Pero no de otro modo que el matemático los exige de quien pretenda *hablar* de cosas matemáticas y aventurar una crítica sobre el valor de la ciencia matemática. En todo caso, dedicar a una teoría menos estudio que el necesario para comprender su sentido y, sin embargo, criticarla, es contrario a las leyes eternas de la probidad literaria... He de advertir además expresamente que en M. Schlick no se trata meramente de deslices menos importantes, sino de absurdas confusiones, sobre las cuales está basada toda su crítica".

Es increíble cómo se repite en la historia científica el sofisma llamado *ignoratio elenchi*

(\*) Especial para LA LEY. Derechos reservados (ley 11.723).

y que consiste en atribuir al adversario algo que no ha sostenido. El sofisma está teóricamente desembozado y sin embargo casi no hay polemista que no incurra en él. La expansión polémica del movimiento egológico dentro de los pueblos de habla española, suministra una rica confirmación de esta insubsanable debilidad lógica de la polémica que hemos tenido que afrontar.

Así, por ejemplo, es bien sabido que la Teoría egológica del Derecho ha presentado la estructura completa de la norma jurídica con el siguiente simbolismo disyuntivo: Dado *H*, debe ser *P* por *Ao* frente a *At*; o dado *no-P*, debe ser *S* por *Fo* frente a *Cp*, que quiere decir esta cosa tan sencilla: "Dada una situación vital como hecho antecedente, debe ser la prestación por alguien obligado frente a alguien titular; o dado el entuerto, debe ser la sanción a cargo de un funcionario obligado por la comunidad pretensora". Sin ningún inconveniente, puesto que se trata de una simple operación lógica de desformalización, lo han desformalizado y utilizado, en el campo del Derecho penal, Roberto J. Vernengo y Enrique R. Aftalión; en el campo del Derecho civil, Federico D. Quinteros; y en el campo del Derecho internacional privado, Luis Fernando Herrera y Werner Goldschmidt. Yo mismo, a título de ilustración, lo he desformalizado así para el delito de homicidio: "Dada cierta efectiva situación de libertad, debe ser no matar por quienquiera frente a quienquiera; o dado el homicidio, debe ser la sanción contra el matador a cargo de un funcionario obligado por la comunidad pretensora".

Sin embargo, no obstante que el sentido de este simbolismo es inequívoco y que su desformalización es una cosa lógicamente elemental, hemos visto a un criminalista de la talla de Sebastián Soler desformalizarlo así, en su artículo "La llamada norma individual" (Rev. LA LEY, t. 66, p. 847, Buenos Aires, 1952), destinado a refutar a la egología jurídica sobre semejante base: "Si seguimos punto por punto el esquema de Cozzio veremos bien que no corresponde al de una norma jurídica. Dice: dado un hecho con su determinación temporal (dado que Cayo hurtó), debe ser la prestación (debe ir a la cárcel) por alguien obligado (Cayo debe ir

a la cárcel por sí mismo) frente a alguien (en este caso, el Estado); o si es la no-prestación (si no va a la cárcel de buen grado), debe ser la sanción (la cárcel coactiva), a cargo de un órgano obligado (el juez) por la pretensión de la comunidad". La *ignoratio elenchi* es, sin duda, jocosa.

Así hemos visto a Alfredo Fraguero, en su nota bibliográfica de Rev. LA LEY, t. 36, p. 1137, año 1944, iniciarse con la siguiente base para consumir la refutación egológica: "El Derecho es pura lógica formal en el sentido de que carece de contenido por ser puramente forma. Tal es la idea de Cossio, como todo kelseniano, de que el Derecho es un puro *deber ser* o sea fundamentalmente *norma*". La estocada no puede ser más jocosa.

Así también hemos visto a José Juan Bruera, en su artículo "Lógica, Historia y Norma jurídica" (Rev. LA LEY, t. 44, p. 1035, Buenos Aires, 1946), atacar a la egología porque no otorga ningún papel a la experiencia histórica ni al dato concreto transido de realidad social, en la noción que, según él, la egología nos da del Derecho. Dice: "El reproche de antihistoricismo que formulamos, no alcanza sólo a la egología y, acaso, no la alcanza en primer término, sino que lo hacemos extensivo a todas las actitudes teoréticas que parten de Kelsen o se han sujetado a él". También el reproche es jocoso. (Naturalmente que, para Bruera, la egología jurídica es estrictamente un rebrote kelseniano).

Así hemos visto a Jaime Perriau, en su artículo "Las reglas de conducta" (en "Revista Jurídica de Córdoba", núm. 7, Buenos Aires, 1949), atribuirle a la Teoría egológica, para refutarla, la afirmación de que en el momento en que duermen los miembros de una comunidad, se desvanece y desaparece el Derecho, de modo que cuando algo es Derecho lo sería "en una forma intermitente, hay momentos en que

no lo es, luego lo es, después deja de serlo nuevamente, etc.". También el caso es jocoso.

Podríamos referirnos a muchos otros ejemplos de esta estéril polémica anti-egológica, que ya lleva más de una década de duración. Pero no vale la pena porque la polémica misma es inútil cuando los adversarios están tan ausentes de lo que podría discutirse. Y no importa que los adversarios, como los peldaños de una escalera, tengan un diferente rango en la cotización científica, porque la común *ignoratio elenchi* los iguala, por cierto no haciendo ascender a los de abajo al nivel de los que están más arriba, sino, al revés, haciendo descender a éstos al mismo nivel de aquéllos. Ahora se suma a la serie, desde un nivel aún más alto del nivel en que está Soler, el caso del profesor Hans Kelsen con su artículo "Teoría pura del Derecho y Teoría egológica", publicado en 1953 en la "Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht" (Viena), en la "Revista de la Facultad de Derecho" (México), en Rev. LA LEY, t. 72, p. 749 (Buenos Aires) y en la "Revista de Estudios Políticos" (Madrid), vale decir, en los mismos lugares en que apareció mi trabajo "Teoría egológica y Teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)", en los años 1952, 1950, 1949 (Rev. LA LEY, t. 56, p. 835) y 1949, respectivamente.

La alta calidad del contendor no modifica mi juicio de que esta respuesta es perfectamente innecesaria, siendo el caso de que el profesor Kelsen atribuye a la Teoría egológica cosas tan diferentes de lo que en verdad sostiene la Teoría egológica. Si yo fuera a considerar únicamente las necesidades científicas del ámbito de habla española, donde las publicaciones egológicas están al alcance de todo estudioso, creo que lo que tengo que decir es superabundante. Pero considerando la situación de los estudiosos de otros ámbitos idiomáticos, donde las traducciones egológicas son escasas y de artículos más o menos breves (1), respecto de quienes

(1) Las traducciones de trabajos salidos de mi pluma, con que puede contar el estudioso extranjero, son las siguientes:

*En idioma alemán:* "Norm, Recht und Philosophie", en la Oestr. Zeitschrift für Öffentliches Recht, núms. 4 y 5, Viena, 1948; "Egologische Theorie und reine Rechtslehre", en la misma revista, núm. 5, 1952; "Panorama der egologischen Rechtslehre", en Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie, núm. 2, Mainz, 1952.

*En idioma inglés:* "Phenomenology of the Judgment", en el volumen "Interpretations of Modern Legal Philosophy", New York, 1946, Oxford University Press (aunque esta traducción no es nada recomendable por los errores verbales que contiene); "Phenomenology of the Decisión", en el volumen "Latin-America Legal Philosophy", Cambridge (Mass.), 1948, Harvard University Press; "Jurisprudence and the Sociology of Law", en la Columbia Law Review, vol. 52, New York, 1952; "Intuition, Thought and Knowledge in Law", en Philosophy and Phenomenological Research", Buf-

falo, 1954. Además, dentro de pocas semanas más, se podrá contar con la traducción completa de mi libro "Theory of Legal Truth".

*En idioma francés:* "La normativité d'après l'analyse de la Conduite juridique", en Revue Internationale de la Théorie du Droit, t. XI, Brno., 1937.

*En idioma italiano:* "Il concetto puro di Rivoluzione", en Il Romagnosi, año I, Milano, 1935; "La Teoría egologica e la Scienza del Diritto", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, núm. 1, Roma, 1948; "Panorama della teoria egologica del Diritto", en Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti, vol. I, Padova, 1950; "Circostanza dell'apparizione egologica", en Scritti in Onore di Luigi Sturzo, vol. I, Roma, 1953.

*En idioma portugués:* "Sobre as relações da Filosofia do Direito com a Ciência jurídica", en Boletim do Ministerio da Justiça, núm. 3, Lisboa, 1947; "O problema da Coordenação das normas jurídicas com especial referencia ao problema da Causa no Direito", en Boletim do Ministerio da Justiça, núm. 12, Lisboa, 1949; "Teoría egologica

la solidaridad científica impone tenerlos informados; y considerando también a singular expectativa que despertó la visita del profesor Kelsen por la prueba crítica que iba a soportar, esta respuesta puede apartarme justificadamente de la actitud implicada en aquel juicio.

Sin embargo, por la razón ya dada, mi respuesta no va a seguir paso a paso el hilo de los razonamientos del profesor Kelsen. He de limitarme a lo verdaderamente fundamental; es decir, me concretaré simplemente a plantear con autenticidad cada uno de los cinco puntos que controvierte el profesor Kelsen, sin seguirlo luego en los desarrollos que sobre ellos efectúa por su cuenta. Esto último es completamente innecesario. Pues cuando un razonamiento parte de una base falsa, es suficiente rectificar esa base para anular todo el razonamiento. Y creo que a cualquier lector avisado le bastará reflexionar sobre esas bases, para formarse una idea muy exacta de todo el sentido de esta polémica.

## II. - TEORÍA PURA "STRICTO SENSU" Y "LATO SENSU"

La primera cuestión que debe ser aclarada concierne a mi planteamiento de que la Teoría pura del Derecho *stricto sensu* es Lógica jurídica formal. Y esto requiere entender perfectamente por qué he distinguido entre la Teoría pura del Derecho en sentido estricto y en sentido lato.

El punto en debate está insuperablemente precisado en su contenido y en su desinterpretación, por la siguiente frase del artículo del profesor Kelsen: "Pero el señor profesor Cossio tiene la peregrina pretensión de que *la imagen que la Teoría Ecológica posee de la Teoría Pura es la correcta, en tanto que la de Kelsen sobre la misma es falsa, o, en otras palabras: que Cossio sabe mejor que Kelsen lo que éste se propone con su Teoría Pura del Derecho*".

De ninguna manera pretendo yo analizar la intención de Kelsen, ni menos discutirle sus intenciones psicológicas. Si el maestro vienés hubiera dicho que yo abrigo la peregrina pretensión de que la imagen que la Teoría ecológica posee de la Teoría pura es la correcta, a pesar de la intención que tenga Kelsen, entonces hubiera captado mi pensamiento. Naturalmente que con esto no está decidido todavía si semejante pretensión es tan peregrina como lo da por admitido Kelsen. Pues el problema aquí implicado es permanente y eterno respecto de toda obra cultural; no interesa lo que un determinado autor creyó hacer, sino lo que realmente hizo.

Colón, objetivamente, descubrió un nuevo continente; sin embargo su creencia era que

había llegado a la China por el Occidente. Cervantes le asignaba a su "Quijote" en andanzas de caballería, un sentido muy diferente al del universal simbolismo que la inmortal novela tiene de verdad para cualquier hombre culto. La obra kantiana tiene un primer sentido para la generación de sus inmediatos continuadores, donde Fichte y Schopenhauer, como dos antípodas, reclaman por igual ser los auténticos intérpretes de Kant; luego viene la Escuela de Marburgo a darnos como la auténtica, una nueva versión de esa obra; y en nuestros días Heidegger suministra una tercera interpretación con la misma ambición. Por otra parte, es cosa bien sabida que no todo lo que un filósofo escribe es filosofía, así como no interesan a las Matemáticas todas las opiniones que pueda emitir un matemático.

La verdad es que yo no estoy interesado, de ninguna manera, en lo que Kelsen *se propone* hacer con su Teoría pura, sino en lo que realmente hizo; por eso se equivoca de medio a medio el profesor Kelsen, al plantear la discusión, cuando me hace decir: "en otras palabras: que Cossio sabe mejor que Kelsen lo que éste se propone con su Teoría Pura del Derecho". Cualquier cosa fuere la intención del profesor Kelsen, la Teoría pura del Derecho algo es; y esto que ella es no depende de aquellas intenciones. Si la Teoría pura del Derecho es Lógica jurídica formal o no lo es en la intención de Kelsen; y que por esta intención llegue a ser lo uno o lo otro, son dos cosas absolutamente diferentes. Lo primero se resuelve sencillamente con preguntárselo al maestro vienés; lo segundo sale del análisis mismo de la Teoría pura del Derecho examinando su problemática. Por eso el problema ha consistido para mí, desde 1941, en autenticar a la Teoría pura; es decir, en darle su correcto sentido, un sentido que se corresponda con la materia que ella presentaba. Y esto no se le escapó al profesor Kunz cuando, en el comentario que publicó en The University of Chicago Law Review (vol. XII, núm. 2, february 1945), reconocía que mi programa estaba en ir más allá de Kelsen pero sin abandonarlo y en hacer kelseniano a Kelsen: allí donde hubiera sido infiel a sí mismo.

Ahora bien, yo he llamado Teoría pura del Derecho *stricto sensu* al conjunto de cuatro grupos de problemas sistematizados por Kelsen y que le han dado a su autor la fisonomía universal que detenta en el ámbito del pensamiento jurídico. Ellos son:

1) El descubrimiento de la cópula "deber ser", que viene a identificarse con y a justificar la exigencia de pureza metódica. Cuando Kelsen contrapone la ley natural (dado A, es B) a la norma jurídica (dado A, debe ser B).

e Teoría pura", en Revista Forense, vol. 129, Río de Janeiro, 1950; "A atual estrutura do Ocidente", en Revista Brasileira de Filosofia, núm. 5, São Paulo, 1952.

T. 76, Sec. doctrina

También puede verse de AFTALIÓN, "La cognoscenza dei giuristi come comprensione", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, núm. 2, Roma, 1951.

descubre que el deber ser de las proposiciones jurídicas tiene una simple y exclusiva función lógica de imputación: la cópula jurídica no enuncia o predica, sino que imputa un término a otro en la proposición jurídica. Por eso la pureza metódica consiste en reducir a imputaciones normativas todas las cuestiones que el jurista investiga.

2) La teoría de la norma jurídica, que deriva de lo precedente, pues se pasa de la normatividad en cuanto cópula lógica, a la norma como un juicio que se estructura con esa cópula. No interesa acá el hecho de que Kelsen nunca haya analizado sistemáticamente la total estructura de la norma jurídica; y de que la Teoría egológica, al efectuar esta tarea, haya descubierto que la norma jurídica completa se integra con diez conceptos entrelazados constituyendo una disyunción lógica. Pero sí interesa que la Teoría egológica haya subrayado que este tópico se presenta como una analítica de las partes: "analítica", por cuanto el resultado se obtiene por simple descomposición de lo que una norma jurídica presenta como dato lógico sometido a examen; y "de las partes", por cuanto las normas son las unidades o partes con que se integra un ordenamiento jurídico.

3) La teoría del ordenamiento jurídico, donde la relación imputativa consigue ensamblar a las múltiples normas en un único conjunto en cuanto que cada norma inferior *debe ser* creada de acuerdo al procedimiento y contenido señalados por una norma superior al menos. Este tópico resulta, en consecuencia, una analítica del todo; y así lo ha subrayado también la Teoría egológica, al aclarar el sentido de la famosa imagen de la pirámide jurídica. Es obvio el nexa entre este grupo de problemas y el de la pureza metódica, desde que la noción de ordenamiento jurídico resulta constituída también por la cópula del deber ser.

4) Por último la Teoría egológica se ha hecho cargo de un hecho muy compenetrado con el pensamiento kelseniano, pero a pesar de ello muy desconcertante, a saber: su discusión de los famosos dualismos de la ciencia jurídica: Derecho público y privado, Estado y Derecho, primacía del orden jurídico estatal o del orden jurídico internacional. ¿Las ideas kelsenianas al respecto son cuestión de ciencia, es decir, las apoya el maestro vienes en los datos que le suministra la experiencia jurídica; o acaso tienen un justificativo de otra índole, de carácter discursivo? Si fuese lo primero, habría de decirse que estas ideas no forman parte de la Teoría pura del Derecho en sentido estricto, por muy importantes que ellas fueren y por mucho que Kelsen las hubiera utilizado constantemente. Sin embargo, por la propia índole de la cuestión que les da origen dentro de la presentación que Kelsen hace de ellas, la Teoría egológica ha esclarecido cómo es que esas ideas kelsenianas integran la Teoría pura *stricto sensu*, en la medida en que ellas también emergen

de la pureza metódica, es decir, en la medida en que ellas son tributarias del problema de la normatividad lógica.

En efecto, merced a la normatividad entendida como un puro deber ser lógico, Kelsen ha podido defender con éxito la imputación terminal existente en las normas individuales donde llega a su fin el proceso escalonado de la creación jurídico-normativa; la imputación central existente en la personificación normativa de los sujetos del Derecho; y la imputación originaria o inicial existente en la norma fundamental que va gnoseológicamente presupuestada en todo ordenamiento jurídico. Estas tres normaciones (la individual, la personificadora y la fundamental), con sus respectivas imputaciones ajustadas a la pureza metódica, son tres típicos rodajes de la Teoría pura del Derecho que ésta ha esgrimido, a justo título, como otros tantos descubrimientos dentro de la teoría jurídica. Ahora bien, nada cuesta advertir que la solución kelseniana para aquellos dualismos del pensamiento jurídico, se apoya respectivamente en cada una de estas novedosas imputaciones.

Así, considerando las posibilidades extremas de la norma individual, a saber, el contrato y la resolución administrativa, que son, respectivamente, las figuras más típicas del Derecho privado y del Derecho público, se advierte que la primera corresponde a un extremo porque es la creación democrática de la norma individual en la medida en que la norma emerge por la voluntad de todas las partes sometidas a ella; en tanto que la segunda corresponde al otro extremo porque es la creación autocrática de la norma individual en la medida en que la norma emerge por la voluntad de una sola de las partes sometidas a ella. Por otro lado, como en uno y otro caso la norma individual recibe su fundamento de validez de aquella sección del ordenamiento jurídico que, en forma escalonada, se sitúa por encima de ella hasta llegar a las pertinentes normas de la constitución positiva, cabe entonces ver al ordenamiento jurídico como expresión de Derecho privado en la medida en que esté dando fundamento de validez a una creación democrática de normas individuales; y al propio tiempo, cabe verlo como expresión de Derecho público, en la medida en que esté dando fundamento de validez a una creación autocrática de normas individuales.

Así también, considerando las posibilidades extremas de la imputación central, que opera una unificación cerrada de un conjunto de imputaciones periféricas constituyendo la noción de persona en sentido normativo, se puede llegar a la imputación central de la totalidad de las normas de un ordenamiento jurídico para ver surgir la noción normativa del Estado. Pues en este punto, como posibilidades extremas, cabe que la imputación central se presente centralizada o descentralizada. En el primer caso

se hablará del Estado y en el segundo simplemente del Derecho. Pero en ello se ve no sólo que ambos conceptos son relativos entre sí, sino además que Estado y Derecho son sinónimos cuando el Derecho se presenta centralizado.

Y así, por último, considerando la totalidad de la experiencia jurídica del planeta y las posibilidades extremas del supuesto gnoseológico que normativamente ella implica como norma fundamental, cabe radicar ese supuesto en una comunidad estatal o en la comunidad internacional para derivar de allí el primado del orden jurídico estatal o el primado del orden jurídico internacional, según que se tome como norma fundamental del sistema jurídico universal a la de una u otra comunidad.

Por otra parte, en este cuarto grupo de problemas, el esclarecimiento que suministra la Teoría pura del Derecho, es decir, el esclarecimiento normativo de tales problemas, no es un esclarecimiento analítico en el sentido de que proviniera de una descomposición de la experiencia jurídica. Es patente que aquí la Teoría pura trabaja sobre meros conceptos (las normas individual, personificadora y fundamental), considerando sus posibilidades conceptuales extremas. Por lo tanto, esta contribución de la Teoría pura difiere de las precedentes en cuanto es simplemente dialéctica. Sin duda no es una dialéctica metafísica como la de Hegel; más vale es una dialéctica lógica como la que estudia Kant en la tercera parte de su "Crítica de la Razón pura". Y así, los famosos dualismos del pensamiento jurídico se presentan simplemente como meras ideas en la elaboración científica del jurista. Y por eso la Teoría egológica ha hablado, después de la pureza metódica, de una analítica de las partes, de una analítica del todo y de una dialéctica del pensamiento jurídico, integrando todo ello el problema de la Lógica jurídica formal.

Si estos cuatro grupos de problemas constituyen la Teoría pura del Derecho en sentido estricto, nadie nos dirá que se le ha retazado algo importante a la contribución kelseniana. Por el contrario, se toman todos los temas y desarrollos que dan a Kelsen la fisonomía universal que él detenta dentro de la teoría jurídica. Además, se ha subrayado en ellos lo que los vincula internamente, de modo que aparecen todos apoyándose por derivación en la estructura copulativa del deber ser lógico, que señala el fundamento de la gran novedad kelseniana.

Ahora bien, que esta cuádruple problemática así unificada sea o no sea Lógica jurídica formal, y nada más, es algo que escapa por completo a la intención del profesor Kelsen. Me refiero a una Lógica formal rigurosa y consciente de sí misma, tal como se ve esbozada la Lógica del deber ser, en términos logísticos, en el artículo de Georg Von Wright, "Deontic Logic", publicado en la Revista Mind, en enero de 1951. Este artículo, con las armas de la Logis-

tica —bueno es subrayarlo—, servirá para confirmar la interpretación de la Teoría pura del Derecho que ha dado la Teoría egológica desde 1941. De cualquier manera, lo que tengo que subrayar acerca de esta múltiple problemática es que el tema que la unifica y le da fundamento, es un tema de estricta lógica. La Teoría egológica no ha aceptado esta contribución de las investigaciones kelsenianas, movida por una oscura e indiscriminada simpatía; la ha aceptado porque sometió a revisión fenomenológica el problema de la norma allí desenvuelto y la investigación fenomenológica confirmó aquellas tesis kelsenianas, presentadas de la manera que lo hemos hecho. El lector que no pertenezca a habla española, podrá seguir el curso de dicha revisión en nuestro citado artículo "Intuition, Thought and Knowledge in Law" que acaba de aparecer en la Revista Philosophy and Phenomenological Research.

Resumiendo: la Teoría egológica ha destacado que en la vasta producción kelseniana hay un conjunto de temas que se derivan directamente de la noción kelseniana de normatividad entendida como mera cópula lógica que se expresa con el verbo "deber ser". Ha dado coherencia intrínseca a esos temas y los ha presentado como el despliegue de un único punto de partida, pasando desde la pureza metódica a una analítica de las partes, luego a una analítica del todo y por último a una dialéctica del pensamiento jurídico. Ha confirmado esta contribución kelseniana con método fenomenológico. Con ello, ha recogido todo lo que a Kelsen le define como un creador dentro de la teoría jurídica sin cercenarle nada de lo que a él le da fisonomía universal dentro del pensamiento jurídico. A esto he llamado Teoría pura del Derecho *stricto sensu*. Que esto sea o no Lógica jurídica formal y nada más, es algo que no depende de la intención personal que haya tenido el profesor Kelsen al escribir su obra. Depende objetivamente de la naturaleza de los problemas abordados por el profesor Kelsen y esta naturaleza se va haciendo obvia para la conciencia científica, en forma paulatina, por la claridad con que se replantee el punto de partida kelseniano libre de presupuestos y por la manera con que sistemáticamente se pueda pasar de uno a otro punto de su sistema. La Teoría egológica hace notar que aquel punto de partida concierne a una nueva cópula proposicional, que desde allí se avanza hacia los otros tópicos por simple derivación deductiva y que en todo ello las cosas se presentan con directa evidencia en la medida en que los temas mismos consienten una patente "formalización". Estos son hechos que cualquier jurista los puede verificar por propia cuenta. Y todo ello argumenta de por sí, con la fuerza de los hechos, que la contribución creadora de Kelsen se mueve dentro del ámbito específico de la Lógica jurídica formal. Así se justifica la consigna egológica de recoger todo lo que haya de descubrimiento

en Kelsen y rechazar todo lo que haya en él de construcción. Así se puede hablar, con términos absolutamente inequívocos, de una Lógica del deber ser que aparece como una Lógica jurídica formal en el campo de la ciencia dogmática del Derecho y que hoy mejor podríamos llamar simplemente ciencia normativa del Derecho, para eludir toda designación metafórica.

Pero la Teoría egológica se hace cargo, además, de que Kelsen ha escrito sobre muchos otros temas jurídicos que tienen distinto carácter y que han sido analizados por él sobre la base de otros fundamentos que el de la pureza metódica. Aunque no es filosofía y ni siquiera pertenece a su filosofía todo lo que un filósofo escribe, sin embargo existe la tendencia de englobar en unidad toda la producción de un mismo autor. Allí donde sólo hay la comunidad personal de la autoría, se sobrentiende que hay, con error, una comunidad más profunda de carácter sistemático como si también hubiera el despliegue de un mismo fundamento. Por eso, si se va a ligar a la Teoría pura del Derecho todo lo que Kelsen ha escrito, forzoso es aceptar entonces que se está hablando de la Teoría pura en sentido lato y no en sentido estricto. Pues hablando con rigor, nadie dirá que integran los temas de la Teoría pura, las valiosas investigaciones de Kelsen sobre Platón o Aristóteles, ni las bellas investigaciones de sociología jurídica que él nos ha brindado en su libro "Society and Nature". De la misma manera, nada tienen que ver, sistemáticamente, con la Teoría pura del Derecho, las ideas metafísicas de Kelsen sobre el problema de la libertad del ser humano que, frente a la crítica egológica, expone por primera vez en Buenos Aires en forma desembozada con todo su alcance metafísico y sobre las que ha insistido, sin agregar nada importante, en el artículo que motiva esta contestación. El lector que no pertenece al ámbito idiomático español, puede leer el artículo de Kelsen publicado en la Revista *Ethics* (vol. LXI, núm. 1, October 1950, Chicago) con el título "Causality and Imputation", que reproduce la primera de las conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1949, y advertirá sin esfuerzo que allí Kelsen juega a la metafísica y nada más, sobre la base de un planteamiento pre-kantiano del problema de la libertad. Y que esta "contribución" kelseniana es ajena a la Teoría pura del Derecho, vale decir, que está en el plano de sus construcciones pero no en el de sus descubrimientos, es cosa muy simple de advertir. Nadie que conozca la revisión fenomenológica de la Teoría pura del Derecho que ha efectuado la Teoría egológica, puede quedar con ninguna duda al respecto.

Queda así, pues, correctamente planteado el primero de los puntos que trae a discusión el profesor Kelsen, a saber, si su contribución original es o no es Lógica jurídica formal, a pesar

de lo que haya sido su personal intención. Sobre este planteamiento se hace innecesario seguirlo en su discurso o rectificar las inexactitudes que contiene y que me atribuye. Por ejemplo, la muy arbitraria que me adjudica cuando dice que "yo esperaba una de dos cosas: o la conversión de Kelsen a la Egología o la refutación de ésta por Kelsen". Al lector le será fácil comprobar que yo puntalicé que la expectativa tenía tres direcciones: unos que esperaban la conversión de Kelsen a la Egología, otros que esperaban su fulminante refutación, y otros, como yo, que esperaban el análisis objetivo acerca de la Lógica jurídica formal contenida en la Teoría pura "stricto sensu" y cuyo desenvolvimiento ha permitido que la Teoría pura del Derecho en sentido estricto fuera absorbida por la Teoría egológica.

### III. - EL AXIOMA ONTOLÓGICO DE LA LIBERTAD

La segunda cuestión que controvierte el profesor Kelsen concierne al principio "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido", que está a la base de todo ordenamiento jurídico y que reaparece en cualquier institución o en cualquier conjunto autónomo de normas compenetrado directamente con ellas en razón de la materia por ellas normada, cualquiera fuere.

La tesis egológica sostiene que aquella enunciación del principio no es equivalente, para el uso científico, con la que se obtendría por conversión lógica invirtiendo los términos y diciendo "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido". Mientras la primera enunciación tiene validez gnoseológica, la segunda carece necesariamente de ella. Si fueran equivalentes, esto no ocurriría. La tesis egológica subraya que lo implicado en aquellas dos enunciaciones es algo totalmente diferente a lo implicado en las siguientes definiciones: "todo lo que no es lícito, es ilícito" y "todo lo que no es ilícito, es lícito". Aquí, ambas definiciones son válidas y, en rigor, enuncian la misma cosa, por lo cual resultan equivalentes, desde que estas enunciaciones se limitan a definir *conceptos*: los conceptos recíprocos de "lícito" e "ilícito" sobre la base de una disyunción contradictoria completa.

Pero cuando el jurista dice "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido" y luego "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido", el jurista no está definiendo de similar manera los conceptos "permitido" y "prohibido". Ahora el jurista no está definiendo conceptos de ninguna especie por que ha trascendido del plano meramente conceptual. El jurista está mentando una realidad que es su objeto de conocimiento y a la que él se refiere por medio de esas enunciaciones.

El siguiente ejemplo aclara mi pensamiento y decide sobre el punto en debate: Suponed que he firmado un pagaré por cuya virtud debo pa-

gar al profesor Kelsen la suma de mil pesos el próximo 1º de enero, estando sancionado el incumplimiento de mi obligación con el embargo y remate de bienes que prevé la ley. Llegada aquella fecha, puedo pagar mi deuda por la mañana o por la tarde. Pero suponed que la obligación pactada en el pagaré estableciera que debo pagarla exactamente a las 12 del día; todavía tengo libertad para pagarla con dinero efectivo o con un cheque. Si suponemos que la obligación pactada en el pagaré establecía además que debo pagarla en dinero efectivo, todavía soy libre de ir vestido con traje azul o gris en el momento de pagarla. Si suponemos que la obligación pactada me obligaba a ir vestido con traje gris, todavía soy libre de ir fumando o sin fumar, o de ir riendo o sin reír, o de ir peinado o despeinado, etc. De tal manera que por muchas y precisas que sean las obligaciones contenidas en el pagaré, siempre hay posibilidades abiertas delante de mí respecto de las cuales decidiría a voluntad cómo aparecería en la experiencia concreta el pago que debo efectuar y el cumplimiento de mis obligaciones. Cualesquiera de estas particularidades posibles podría ser el contenido de la prestación pactada; pero al propio tiempo ello mismo hace ver que el horizonte de posibilidades concretas permanece siempre abierto para mí. Por esta razón el principio "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido" vale como mención del dato de la experiencia jurídica y aparece compenetrado con lo que dispone el cód. de com. y con la norma constituida mediante el pagaré del ejemplo.

En cambio, la enunciación inversa "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido" no hace, ni puede hacer, mención adecuada de aquella situación —y por lo tanto carece de validez conceptual igual que cuando se dice "alegría octogonal"— porque todo dato de experiencia, siendo singular, contiene una infinitud de determinaciones; de modo que el pagaré del ejemplo, para referirse a la experiencia dentro de esta inversa enunciación, debería contener la infinitud de enunciaciones correspondientes a lo que me estaría permitido, justo en la medida en que todo lo no enunciado me estaría, por principio, prohibido. Si a esto se agrega que la vida humana constituye una experiencia de libertad y de que, por lo tanto, la infinitud del horizonte abierto delante de mí excede, por creación, a la infinitud concreta, pero ya existente, de las determinaciones contenidas en cualquier suceso de la Naturaleza, se hace más patente todavía la invalidez gnosológica de la enunciación "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido", para tomarla como base de nuestras referencias conceptuales a la experiencia jurídica.

Este principio, debidamente enunciado, ya preocupó a juristas como Zitelmann en Alemania y Donati en Italia. Zitelmann lo interpretó como una "regla general fundamental negativa"

porque, según él, el hacer lícito así enunciado no es el supuesto de ninguna consecuencia jurídica, de modo que, en rigor, el principio serviría más vale para excluir del Derecho una parte de la conducta humana. Donati, en cambio, lo interpretó como una norma positiva porque advirtió que su consecuencia jurídica consiste en una obligación de no hacer por parte de los demás, de modo que así el principio aparecía clausurando el ordenamiento por ser su norma periférica. Con todo, ambos maestros creían que se llegaba a enunciarlo sobre la base empírica de una inducción, partiendo del conjunto de normas enunciadas en el ordenamiento jurídico. En Donati esta fundamentación es expresa y extensa: como el principio simplemente recogería la conducta que van dejando de lado las otras normas positivas, el principio resulta "a posteriori" de éstas y es tan contingente como éstas puesto que en ellas se funda. El principio aparece como una norma positiva más dentro del ordenamiento, formulada y fundada inductivamente, tal como si, respecto de una suma que totaliza 100, tuviéramos que determinar el sumando restante después que se nos han dado nueve sumandos, ninguno de ellos superiores a 10.

En contra de todo esto, el análisis egológico que hemos ejemplificado más arriba con el caso del pagaré, hace ver la necesidad y universalidad contenida en la enunciación "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido". En lenguaje kantiano, hace ver que se trata de un contenido jurídico "a priori" fundado directamente en la intuición de la libertad de la conducta. La necesidad y universalidad que hemos mostrado sobre los hechos, sigue un desarrollo muy similar a la necesidad y universalidad intuitivas con que Kant evidencia la aprioridad del espacio. Ello hace ver que este principio es una estructura del ordenamiento jurídico previa a las normas positivas; y que éstas toman parte de su sentido precisamente en cuanto ellas están radicadas dentro de tal estructura.

Pero además el análisis egológico señala que el juicio enunciado por aquel principio, es un juicio sintético y no analítico. Pues en efecto, además de la reciprocidad completa de los conceptos "permitido" y "prohibido" —reciprocidad sin ninguna duda analítica en cuanto que se basa en una disyunción contradictoria total— en el principio viene enunciada la libertad como un "prius". El principio afirma que la libertad es lo primero para la experiencia jurídica, es decir, que la libertad es el punto de partida en la existencia posible del Derecho; y este plus contenido en la afirmación, no emerge del contenido conceptual de las nociones de "permitido" y "prohibido" de que el principio se sirve al expresarse, las cuales son, como ya hemos dicho, analíticamente recíprocas. O para decirlo de otro modo: el principio no se limita a servirse de las nociones de "permitido"

y "prohibido", sino que las presenta ligadas con una determinada prelación de la primera respecto de la segunda; y es obvio que esta prelación es un dato agregado por síntesis a la mera connotación conceptual de las nociones recíprocas de "permitido" y "prohibido". Con saber lo que significan estas palabras, no se puede saber todavía que en la experiencia jurídica lo mentado por la primera es necesariamente precio a lo mentado por la segunda.

¿Cuál es, entonces, el problema de la Teoría egológica que aquí discute el profesor Kelsen? Pues sencillamente el de explicar o dar razón de aquel tipo de hechos que hemos ejemplificado con el caso del pagaré; es decir, el de explicar o dar razón de por qué el principio "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido" se adecúa a ese hecho y no así la misma enunciación lógicamente convertida. Explicar o dar razón significa aquí tanto como mostrar el fundamento apodícticamente necesario que se exhibe en esa clase de hechos de la experiencia jurídica. La Teoría egológica logra la pertinente fundamentación haciendo ver que aquel principio es un juicio sintético "a priori", los cuales juicios, según la enseñanza de Husserl, simplemente explicitan lo que está contenido en una esencial material. Por eso yo me he remitido a la intuición esencial de la libertad y el desarrollo de mi argumentación no hace otra cosa que exhibir lo que la libertad como fenómeno presenta a los ojos de nuestra inteligencia. Con el análisis egológico, el hecho que aquí tematiza la teoría jurídica se vuelve totalmente inteligible.

En cambio el profesor Kelsen sostiene expresamente que las dos enunciaciones jurídicas ("todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido" y "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido") tienen un significado equivalente y que, por lo tanto, ambas pueden servir para la misma cosa en el uso científico. Para ello se queda en el plano conceptual, como cuando se dan las definiciones recíprocas "todo lo que no es lícito, es ilícito" y luego "todo lo que no es ilícito, es lícito"; por eso insiste diciendo que "este *hallarse permitido* tiene la misma significación de un *no hallarse prohibido*". Que estas significaciones tengan este contenido, nadie lo niega puesto que las definiciones son analíticas y recíprocas; pero el principio jurídico que se discute contiene algo más: en primer lugar, enuncia una prelación de la libertad; y en segundo lugar, hace una mención acerca de la experiencia jurídica. La tesis del profesor Kelsen no consigue dar razón del problema que he exhibido con el ejemplo del pagaré, ni lo puede conseguir. El profesor Kelsen no está refutado personalmente por mí, sino que está refutado por los hechos en sí mismos, pues él, como todo el mundo, tiene que admitir que el enunciado "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido", vale como referencia a lo

que sucede en el ejemplo del pagaré; y que en cambio esta referencia conceptual no existe respecto del enunciado opuesto "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido". Esta diversidad de situaciones es un hecho evidente que de ninguna manera encuentra explicación con la tesis del profesor Kelsen.

El principio válido es un principio ontológico porque es el hecho desnudo de la libertad de la conducta, lo que está rechazando que pueda ser mentado de la segunda manera y lo que admite que la primera enunciación sea la única compatible con aquello a que la enunciación se refiere. La libertad de la conducta frustra e impide, con la fuerza de los hechos, que la enunciación incorrecta pueda tener jamás su verificación intuitiva. Y esto, que es irremediable, prueba mejor que nada que la enunciación incorrecta carece de valor gnoseológico para la ciencia del Derecho. Ella no es ni puede ser, entonces, principio de ninguna clase.

El principio válido no es una mera definición de conceptos o significaciones, sino que es un juicio con el cual el jurista mienta algo que le concierne acerca de lo que es objeto de su conocimiento. Tampoco es un recurso técnico del legislador, como opina el profesor Kelsen, porque todos los recursos técnicos son contingentes y este principio contiene una apodíctica necesidad, según ya hemos visto. Ya podría intentar el legislador, creyendo como Kelsen, recurrir al principio técnico opuesto y de inmediato vería su imposibilidad de legislar. El principio válido, que no es una definición de significaciones ni un recurso técnico, formula conceptualmente un dato necesario de la experiencia posible y por eso es un auténtico principio del Derecho.

Después de esto huelga también aquí seguir al profesor Kelsen en el detalle de su discurso, rectificándolo en los errores que me atribuye. Por ejemplo, cuando me acusa de haber cometido el sofisma de *quaternio terminorum* con la palabra "permitido", ya que este término a veces significaría simplemente "no prohibido" y otras "estar autorizado". La diferencia, tal como la expone el profesor Kelsen, es francamente ilusoria y deriva de la idea de Zitelmann, de la que se hace eco el profesor Kelsen en su artículo, de que en lo "permitido" en cuanto mero "no estar prohibido" no se enlaza a este comportamiento ninguna consecuencia sancionadora. Ya recordé cómo Donato Donati rectificó ampliamente este error de Zitelmann. Pero el propio profesor Kelsen ilustra su argumento con un ejemplo que confirma mi tesis. Para convencerme de mi aludido sofisma, me dice: "de hecho no se prohíbe al tercero ejercitar una acción contra el deudor de otra persona", con lo cual me quiere significar que esta acción del tercero está permitida de acuerdo a la primera acepción de la palabra. Y luego agrega: "pese a que tal cosa no se le *permite*, es decir, pese a que no está facultado

para hacerla". Sin embargo el error del argumento es visible: no es exacto que al tercero no le esté prohibida esa acción en el sentido de que le esté permitido realizarla sin que vaya ligada a ella ninguna consecuencia jurídica; por el contrario, el tercero que la realice tendrá la sanción de las costas procesales o algo similar. No hay diferencia fundamental con la consecuencia sancionadora de la cárcel que está ligada al hecho de un homicidio. Si el tercero del ejemplo kelseniano recibe la sanción de las costas procesales, es porque le estaba prohibido comportarse de esa manera, es decir, porque permitido y facultado significan siempre lo mismo cuando se piensan las cosas con rigor. Y ello, en razón precisamente de la validez que tiene el principio ontológico, que es axiomática. Donati estaba en lo cierto cuando anotó que el principio ontológico expresa una obligación jurídica general de no hacer respecto de los demás.

#### IV. - LA PREGUNTA POR EL OBJETO "DERECHO"

##### a) La respuesta egológica

La tercera cuestión que controvierte el profesor Kelsen es la más importante de todas. A pesar de ello, lo que diré para responderle, será muy breve porque la argumentación del profesor Kelsen es una continua y sistemática desvirtuación de mi pensamiento. Sin ninguna exageración debo declarar que, casi línea por línea, me hace decir fantásticas cosas que jamás he dicho. La *ignoratio elenchi* es permanente en esta parte de su polémica. A ello enlaza, sin descanso, pintorescas consecuencias que me atribuye como otras tantas contradicciones o absurdos, pero que únicamente lo son respecto de las premisas que él ha forjado con una responsabilidad que a mí no me incumbe de ninguna manera.

Se trata de esclarecer qué es ese algo que llamamos Derecho, ese algo que para los juristas se torna en un objeto de conocimiento científico. El lector avisado advertirá que, en la respuesta, mientras la Egología describe, Kelsen construye. La tesis egológica puede perfilarse fácilmente por el siguiente camino:

Desde 1911 hasta 1945 Kelsen ha sostenido que la norma jurídica es un juicio. La Teoría egológica ha convalidado ampliamente este carácter de significación lógica atribuido por Kelsen a la norma. Naturalmente que no lo ha hecho en la forma ingenua o mágica con que Kelsen expresó metódicamente la intuición que tenía al respecto. Kelsen procede recurriendo a dos purificaciones que no traducen ninguna tematización del problema gnoseológico, sino una firme decisión guiada por una acertada percepción intelectual: primero separa el ser y el deber ser; y luego, dentro de lo último, distingue entre el deber ser axiológico de los valores y el deber ser lógico de la imputación. La Teoría egológica, en cambio, procede recu-

riendo a una revisión fenomenológica del problema normativo en estricta línea husserliana. De cualquier manera, la Egología se encuentra coincidiendo con Kelsen en el resultado: la norma es un juicio.

Pero entonces brota irremediabilmente esta pregunta: si la norma es un juicio, ¿cuál es el objeto sobre el cual este juicio está juzgando y mencionando? El mismo Husserl, en forma insuperable, nos ha dicho que "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". Aclarar, pues, cual es el algo acerca del cual la norma dice algo, era una cuestión pertinente tanto para Kelsen como para la Egología.

La respuesta egológica es bien conocida, tan conocida que ya es cosa popular: el algo acerca del cual la norma dice algo, es la conducta en interferencia intersubjetiva o conducta compartida. Con la Teoría egológica así se despliega en forma absolutamente rigurosa, por primera vez, la problemática del conocimiento jurídico; y para ello reclama simplemente el juego concordante de una intuición y de una significación, es decir, reclama la conducta que es el objeto óntica y ontológicamente intuible y reclama la norma que es la significación intelectualmente mencionante. Aquí, como en cualquier ciencia de realidades, sabemos de la existencia del objeto únicamente mediante el testimonio de la intuición sensible. Esto significa que una norma no lo es de verdad, que apenas es un pensamiento normativo flotando en el aire, si no hay una conducta que le corresponda, por la misma razón que un juicio no lo es de verdad y apenas es un pensamiento proposicional, si no hay una realidad que le corresponda. Por esto es que el jurista científico se atiene confusamente al Principio de Efectividad, el cual dice que las normas carecen de validez si al propio tiempo no son en conjunto eficaces. Por este conducto la ciencia ha estado reconociendo siempre que la existencia del Derecho no depende de las normas sino de los hechos, lo cual, claro está, sería inteligible si esos hechos no fueran precisamente el Derecho como objeto.

El punto álgido en este aspecto de la discusión está en una cuestión de hecho, a saber, en aquella famosa ceguera para las ideas que Husserl puso en evidencia. Pues, en efecto, aquí se trata simplemente de aprender a ver la conducta en interferencia intersubjetiva o conducta compartida; cuando yo fumo o cuando yo marchó al azar por una calle de Buenos Aires, debo llegar a ver que hay en ello algo jurídico únicamente cuando percibo que otros no me impiden fumar o que otros no me impiden marchar por esa calle, de tal manera que el acto de fumar no resulta un acto exclusivamente mío sino un acto conjunto de mí, que fumo, y de los otros que me dejan fumar; y el acto de caminar no resulta un acto exclusivamente mío

sino un acto compartido de mí, que camino, y de los otros que me dejan caminar. El fenómeno de conjunto que el jurista considera está constituido por la participación que, al menos, dos personas han tenido en él, dando por resultado una conducta única aunque compartida. Esta coparticipación plural en lo que de hecho se actualiza en una acción y según la cual la acción misma resulta la obra conjunta de todos los partícipes, es simplemente ver la conducta humana por el perfil de su impedibilidad, que es lo que esencialmente define a la conducta en interferencia intersubjetiva. Sin llegar a ver esto como dato, no hay la posibilidad de ningún interés jurídico efectivo, sea lo que fuere lo que se esté viendo (el vuelo de un pájaro o la oración de un creyente que se comunica con Dios), y sea lo que fuere lo que se esté leyendo (una novela o un cód. penal). Una reflexión *ulterior* nos obliga, sin duda, a precisar con cuál de las dos posibilidades de la conducta nos encontramos, es decir, si la acción ha sido impedida o si no ha sido impedida, ya que nos orienta un conocimiento de la realidad; pero esto no es el punto de partida desde que ambas posibilidades por igual están ya considerando la conducta bajo el aspecto de su impedibilidad.

Como puede apreciarse, la Egología sabe ir a los hechos mismos y en ello funda su pretensión de ser una teoría descriptiva. Si el profesor Kelsen no sabe ver la conducta en su interferencia intersubjetiva, no es culpa mía de que él padezca de una ceguera para las ideas y esté privado de ver lo que cualquiera puede ver. Con o sin su anuencia, los hechos igualmente son así y así tenemos experiencia de ellos. Si él no parte de una descripción, no tiene más remedio que partir de una construcción, siendo cosa bien sabida que toda construcción deja pre-temático su propio fundamento. A nadie se le escapa, hoy, que una cosa es querer hacer ciencia sobre descripciones y otra muy diversa es quererla hacer sobre construcciones. La enseñanza fenomenológica es concluyente. Por eso yo creo que la primera tarea de un profesor de Introducción al Derecho es adiestrar a sus alumnos en la intuición de la conducta compartida, es decir, enseñarles a ver con sus propios ojos el objeto de cuya intuición depende, en última instancia, la verdad de lo que aprendan; pues si no se sabe ver la conducta bajo el aspecto de su impedibilidad, jamás se podrá entender el contacto con los hechos que toda teoría jurídica, aun la más racionalista, lleva dentro de sí misma como una exigencia ineludible. El propio pleonismo contenido en la expresión "Derecho positivo", que no se aclara radicalmente con ningún postulado construccionista, se hace patente con la descripción egológica y sólo con ella, pues para ver sobre los hechos por qué el verdadero Derecho tiene que ser siempre positivo, basta advertir que un pensamiento normativo no llega

a ser de verdad una norma mientras no haya una conducta que a ella le dé impleción, de la misma manera que un juicio, para ser de verdad un juicio, requiere el dato intuitivo que lo verifique. Haciendo una síntesis perfecta, Vilanova ha recogido esta problemática egológica en la siguiente frase: "la conducta es siempre positiva; sólo de las normas cabe averiguar si lo son o no lo son".

En este punto hay una inexplicable incompreensión en la literatura anti-egológica, concerniente a la fundamental distinción entre el ser del Derecho y sus modos de ser, que aclara el papel de una norma jurídica en la constitución de la experiencia jurídica. También el profesor Kelsen salta por encima de la cuestión sin hacerse ni remotamente cargo de lo que la Egología dice. El ser del Derecho está en la conducta en interferencia intersubjetiva; y esto es un dato óntico que lo capta la intuición sin recurrir a ninguna norma. Pero el Derecho no existe así, a secas, siendo Derecho en bulto y nada más, de la misma manera que los vertebrados no existen a secas siendo vertebrados y nada más. El Derecho existe o como facultad o como prestación o como entuerto o como sanción, que son sus modos de ser, de la misma manera que los vertebrados existen o como mamíferos o como aves o como reptiles o como batracios o como peces. La norma juega un papel constitutivo del modo de ser, pero no del ser del Derecho; por el contrario está subordinada a éste y dentro de él se mueve para ser de verdad una norma. Si nosotros recordamos que Heidegger alude a la conducta humana como libertad, diciendo que es "el poder ser una posibilidad, siendo la posibilidad que llega a ser" —donde es claro que la posibilidad que llega a ser no pierde el carácter que se enuncia con la primera parte de la frase, sino que lo recoge y afirma en cuanto que lo que llega a ser va visto siempre como pudiendo no haber sido—, es clarísimo que el ser del Derecho queda contenido en la primera parte de la frase heideggeriana como una especificación, a saber, la de la conducta *compartida*; en tanto que los modos de ser del Derecho quedan contenidos en la segunda parte de la misma frase, también como una especificación que resulta especificando a la primera porque la afirmación de la primera está recogida y afirmada por la afirmación de la segunda.

Como juzgo completamente inútil repetir el desarrollo de un tema que he expuesto ya tantas veces, aunque mis contendores no lo hayan leído o no lo recuerden, me parece mejor ahora ilustrar mis ideas con un ejemplo que acaso facilite la comprensión de algo que todavía no se comprende, a pesar de su sencillez. Supongamos el caso que se sanciona una ley creando un nuevo impuesto o un nuevo delito; por ejemplo, elevando en diez centavos la tarifa postal o prohibiendo la exhibición de películas obscenas. Cuando aquellos que creen que el Dere-

cho es norma nos dicen que en ambos casos se ha creado el Derecho vigente por tales actos, entienden que ahora hay Derecho, es decir, un fenómeno jurídico, donde antes no lo había porque ahora hay normas que antes no existían. Con la aparición de éstas habría aparecido el Derecho como un fenómeno de experiencia de interés específico para el jurista, que anteriormente no existía.

Sin embargo el error es claro, pues lo único que han creado aquellas normas es un nuevo impuesto y un nuevo delito. Solamente identificando el Derecho con las obligaciones o el Derecho con los delitos, se puede decir que estas creaciones normativas han creado la juridicidad de los hechos. Y el Derecho así *in genere* es precisamente la juridicidad de los hechos. Pero la verdad es que antes y después de la sanción de la norma, el mismo hecho por ella mentado está ocurriendo como posibilidad de la experiencia, a saber, que algunos hombres estampillarían sus cartas con \$ 0,20 y otros, más pródigos, con \$ 0,30; y que algunos concesionarios de cinematógrafos exhibirían películas obscenas y otros no. Ahora bien, con anterioridad a las nuevas leyes, estos actos (el de pagar o no pagar \$ 0,30 al timbrar una carta o el de exhibir o no exhibir películas obscenas) son datos jurídicos de la experiencia jurídica; tienen plena juridicidad; no es cierto que sean cosas ajenas al Derecho, como dice la tesis adversa al afirmar que la norma creó su juridicidad como si la norma pudiera incorporarlos a la experiencia jurídica. Lo comprueba el hecho incontrovertible de que antes de la sanción de las nuevas leyes de nuestro ejemplo, procedía sobre esos actos el juicio de licitud o ilicitud. Lo que ocurre es que antes de esas leyes, esos actos eran facultades jurídicas; y después, una de sus posibilidades es obligación y la otra es entuerto. Ninguna norma puede crear el Derecho, ni extinguirlo; puede tan sólo modificarlo, aunque esto ocurra creando, modificando o extinguiendo derechos subjetivos y obligaciones. Pero el Derecho que así se modifica viene dado por la vida humana y es vida humana. Lo único que ha ocurrido con la creación normativa es este cambio de signo que, como se advierte sin dificultad, afecta al modo de ser del Derecho vigente; pero de ninguna manera la norma ha constituido ni afectado el ser de esos actos, ser jurídico que ellos llevan de por sí en la medida en que se los aprehende por el perfil de su impedibilidad. A un acto que sea facultativo, la norma puede constituirlo en obligatorio, en entuerto o en sanción, y viceversa; pero la norma no puede hacer que la conducta sea compartida o deje de serlo, porque la conducta se presenta así por sí misma. Y más aún: si la norma puede normarla de aquellas cuatro maneras es porque las cuatro maneras tienen por igual una característica básica común que se corresponde con la normatividad jurídica en cualesquiera de sus varian-

tes y que delimita por anticipado el ámbito posible de la normación. Esta nota básica común es el ser Derecho o ser jurídico que, como conducta, tiene toda facultad, toda prestación, todo entuerto y toda sanción simplemente por ser ellos conducta compartida. Es esta nota básica común la que garantiza al jurista que está frente a materia de su incumbencia; y en esto es perogrullesco decir que el jurista tiene en el Derecho el objeto de su conocimiento.

Con anterioridad a la promulgación de las leyes de nuestro ejemplo, un concesionario de cinematógrafo podría *preguntar* a un jurista si le estaba permitido exhibir películas obscenas; a lo cual el jurista *respondería* que le era lícito hacerlo porque tenía facultad para hacerlo. La respuesta del jurista se pronuncia determinando el modo de ser del Derecho. Pero es obvio que para que esta respuesta proceda es menester que la pregunta misma tenga sentido para el jurista, es decir, que le incumba como jurista. Preguntándosele si la exhibición de películas obscenas es pecado o no, la pregunta ya no tiene sentido para el jurista; o lo que es lo mismo, carece de sentido jurídico. No le incumbe. Este tener sentido jurídico es la determinación del ser del Derecho, previa a la determinación del modo de ser. Y en esto se ve que esa determinación previa, en la cual el jurista encuentra su objeto de conocimiento, está dada por la conducta en interferencia intersubjetiva o conducta compartida pues ¿no es obvio que antes y después de la promulgación de la nueva norma, lo que el jurista investiga, para esclarecer su sentido es el hecho de la exhibición de películas obscenas? Que no baste al científico encontrar su objeto de conocimiento; que además el jurista quiera conocerlo en sus detalles, por ejemplo en cuanto entuerto; y luego como siendo este entuerto y no aquél; y luego como teniendo esta calificación atenuante y no aquella otra agravante, etc., recurriendo a todas las determinaciones que pone el ordenamiento positivo, es obvio. Por algo el estudio del Derecho constituye una actividad de especialistas. Pero todo esto está contenido en el objeto que el jurista quiere conocer; y la controversia con el profesor Kelsen se limita a esclarecer dónde está y cuál es este objeto. Nadie pretende que la Filosofía del Derecho sustituya a la Ciencia jurídica. La tarea filosófica radica en establecer los verdaderos cimientos sobre los cuales el jurista está levantando su edificio, aun en el caso de que el problema sea pre-temático en las ideas personales que el jurista tenga al respecto.

Todo este análisis egológico se despliega sobre una fenomenología existencial de la cultura. Pero sobre este mismísimo punto de partida el *ignoratio elenchi* del profesor Kelsen comienza dejándonos atónitos. Vale la pena recordarlo como ejemplo de la consistencia de sus argumentos:

Yo me remito a la idea de que todo objeto cultural consta de un substrato perceptible y de un sentido espiritual compenetrado con él, donde el substrato es expresión y el sentido es lo expresado. Ilustra el punto el sencillo caso del mojón, el cual no es la piedra de que está hecho (substrato), sino esa piedra con el sentido espiritual de separar dos heredades. La idea no es un invento mío; basta recordar la gran figura de Dilthey para advertir el horizonte histórico que tiene. La Teoría egológica lo único que ha hecho acá es afinar y precisar muchos puntos de este planteamiento mediante el método fenomenológico. Pero lo importante es que la distinción entre substrato y sentido es *analítica*, vale decir, que distingue elementos componentes de un mismo objeto; y por eso puede resultar *esencial*. A esto la Teoría egológica agrega después una distinción *clasificatoria* (vale decir, que distingue ahora objetos) cuando divide los objetos culturales en mundanales y egológicos según que el substrato de ellos sea un pedazo de Naturaleza o la propia conducta del hombre ónticamente considerada.

Frente a esto, el profesor Kelsen confunde lo analítico con lo clasificatorio entendiendo que ambas distinciones son analíticas y me atribuye una teoría cuatrimembre del objeto cultural muy difícil de concebir si se desea entender la unidad del objeto cultural, porque éste habría de tener —según me hace decir el profesor Kelsen— dos substratos y dos sentidos. La deplorable confusión significa algo parecido a lo siguiente: Si admitimos que la esencia del ser humano está enunciada diciendo que es un animal racional; y si luego, clasificando a los seres humanos, decimos que se dividen en hombres y mujeres, el profesor Kelsen me viene a exigir que en cada ser humano le muestre no sólo la animalidad y la racionalidad, sino también el hombre y la mujer que habría de ser a la vez. Es así que el profesor Kelsen saca por su cuenta la conclusión de que el objeto egológico no puede ser concebido ni comprendido si no está referido al objeto mundanal; y es así que considerando la actividad que despliega un escultor al hacer una estatua y la estatua por él hecha, entiendo —también por su cuenta, claro está— que la actividad desplegada por el escultor integra el substrato de la estatua, “que la vida humana objetivada u objeto mundanal y la viviente u objeto egológico de ningún modo resultan separadas en lo que respecta a su substrato perceptible”.

Lo que yo he dicho es, en verdad, algo totalmente diferente: La actividad del escultor, como objeto de conocimiento, es algo diverso e independiente de la estatua por él creada. La actividad del escultor tiene su substrato en el comportamiento ónticamente acaecido y tiene su sentido, que para el moralista será bondadoso o perverso y para el jurista será lícito o ilícito. Y la estatua tiene su substrato en el mármol de que está hecha y tiene su sentido en la

belleza concreta que comprendamos en ella. Querer ligar ambos objetos y ambos conocimientos en un solo objeto y un solo conocimiento, es simplemente no hacerse cargo de lo que en la Teoría egológica se dice.

A partir de acá y sin solución de continuidad, prosigue la desvirtuación del pensamiento egológico y la extracción de consecuencias pintorescas por parte del profesor Kelsen. Seguirlo es inútil, además de que llevaría más tiempo de lo que el incidente vale. El remedio es leer más cuidadosamente lo que yo he escrito. Pero nada cuesta comprender que la fuerza argumentativa de todo este capítulo del profesor Kelsen, se anula a sí misma por la falsa posición del problema en que se apoya. En ello corren a la par la desvirtuación permanente del pensamiento egológico y el construccionismo mental de mi ilustre contendor. Júzguese por este ejemplo: Después de haber aclarado que el substrato y el sentido de un objeto cultural están en la relación de la expresión a lo expresado, yo subrayo que el objeto cultural no es que tenga un sentido, sino que su ser es ser un sentido. No parece difícil justificar esta afirmación, desde que toda expresión es tributaria de lo expresado y, en alguna forma, adjetiva e instrumental para lo expresado. El profesor Kelsen se hace eco de la cuestión y después de insistir que substrato y sentido son las cosas más distintas que sea dable imaginar, tanto que una de ellas puede ser percibida y la otra no, se pone en la actitud cartesiana de la incomunicabilidad de las substancias y me acusa de contradictorio porque, dice, “si un objeto de la cultura es un sentido espiritual y, por ende, no puede percibirse, tampoco puede tener un substrato perceptible”. Bajo el imperio de la construcción preconstituída con que él razona, indudablemente su objeción es correcta. Pero a esto yo sólo puedo decirle que no construyo sino que describo; que el hecho será muy sorprendente, pero que es así; que mi consigna metodológica es ir a los hechos y atenerme a ellos. Lo único que a mí me interesa es saber si la síntesis constituída por un objeto cultural está bien o mal descrita de aquella manera. Una cosa es referirse al ser del objeto cultural como la identidad que tenga para consigo mismo, y otra harto diversa es introducir la idea de la identidad de sus diversas partes consideradas separadamente. Lo último pre-supone un monismo metafísico para garantizar la compatibilidad de las partes. Pero esto sería una simple construcción.

#### V. — LA PREGUNTA POR EL OBJETO “DERECHO”

##### b) *La respuesta kelseniana*

Examinemos la cuarta cuestión que controvierte el profesor Kelsen. Ella emerge de la misma pregunta que provoca la idea de que la norma es un juicio. Si la norma es un juicio,

¿cuál es el objeto sobre el cual este juicio está juzgando y mencionando?

La Egología contestó diciendo que ese objeto es la conducta compartida. Kelsen responde con una tardía aclaración en su carrera de escritor. Confiesa haber pecado de oscuridad durante todos los años que ha estado hablando de la norma. No siempre se refería a la norma; a veces se habría estado refiriendo a la regla de derecho. ("Legal norm" y "rule of law", dice en inglés; "norme juridique" y "règle du droit", dice en francés; norma jurídica y regla de derecho, hemos traducido al castellano). Beneficiémoslo a Kelsen con las expresiones "norma jurídica" y "proposición jurídica" que él usaría en alemán. Su tesis, entonces, se reduce a lo siguiente:

Norma jurídica es lo que dispone el órgano del Derecho, principalmente el legislador. Cuando el cód. penal dice que "el que matare a otro será castigado con prisión de 8 a 25 años", tenemos una norma jurídica pero no una proposición jurídica.

Viene ahora el jurista y nos dice que lo expresado en esa norma, para ser en verdad inteligible, significa que "el que matare a otro debe ser castigado con prisión de 8 a 25 años". Esta es una proposición jurídica que dice algo acerca de algo (la norma). Dice de verdad lo que la norma expresó, substituyendo el verbo *ser* por el verbo *deber ser*, desde que el Derecho está en el campo del deber ser. La expresión normativa es incorrecta y equivoca diciendo "será"; rigurosamente entendida sería una referencia al ser, que para el profesor Kelsen significa una relación de causalidad. Y como no hay ninguna forzosidad causal en el decurso de cometer un homicidio y ser luego encarcelado—sólo hay una situación obligante de que lo último ocurra—, emerge la necesidad de que se dé a las normas su verdadera inteligencia mediante un trabajo intelectual que incide sobre las normas, es decir, que a ellas las hace objeto de conocimiento. Tal sería la tarea de la Ciencia del Derecho. Como es obvio que la Ciencia del Derecho es el conocimiento del Derecho, es claro que el profesor Kelsen viene a decir que el Derecho no es la conducta humana sino las normas jurídicas.

Dejaré de lado, porque es cosa que cae de madura, la idea implicada en esta tesis de que la Ciencia del Derecho sería una ciencia de significados verbales, Ciencia irrisoria, sin duda, al estar destinada a hacernos saber lo que se quiere decir en lo que los órganos del Derecho nos están diciendo. Y esto entendido, no en el sentido de sacar de las dudas a los súbditos acerca de sus obligaciones porque éstas fueren cosas complicadas, sino en el sentido mucho más modesto de emplear un lenguaje filosóficamente adecuado. Por esto le dije al profesor Kelsen que si la redacción del cód. penal fuera "el que matare a otro deberá ser castigado con prisión de 8 a 25 años", su jurista

se quedaría de vacaciones científicas. Y no está de más en insistir que al leer aquel texto del cód. penal, con o sin buen lenguaje filosófico, todo el mundo entiende sin confusión de qué se trata y cuál es su obligación porque nos guía la intuición de lo que corresponde a la expresión normativa: se está hablando de la conducta y a la conducta se la intuye como libertad. Precisamente esto—que no quiere ver el profesor Kelsen— es lo que a él mismo le permite decir, con razón, que la expresión verbal correcta tiene que recurrir al verbo *deber ser*. No podría rectificarse filosóficamente la expresión verbal usada por el legislador mediante la tarea de explicitación que acertadamente indica Kelsen, si el objeto al cual se refiere el legislador, por ser la libertad del hombre, no estuviera dando fundamento a la rectificación. De lo contrario, la rectificación kelseniana, sin el apoyo de los hechos, sería un construccionismo arbitrario surgido por decreto de la mente del científico.

Dejando de lado esta cuestión, elocuente y decisiva por sí misma, me limitaré a señalar algunas de las cosas que esta tesis kelseniana cuesta a la Teoría pura del Derecho y a la manera cómo el profesor Kelsen quiere imbricarla en la polémica.

1) Una cuestión que parece marginal e inocente: Kelsen le atribuye a Kant que cuando la ciencia crea su objeto de conocimiento (creación epistemológica), ésta es una creación en sentido figurado, cual si el objeto ya existiera por aparte y la ciencia, al conocerlo, sólo creara de una representación más verdadera por ser más precisa y coherente. Con esta idea es obvio que la creación epistemológica de la ciencia puede ser más verdadera que la del sentido común o que la de un científico que enuncie un error, pero no puede ser más verdadera que el objeto mismo ya existente, que siempre sería la medida para juzgar de la creación epistemológica según la entiende el profesor Kelsen. De todas maneras, el profesor Kelsen habla, en forma expresa, de la creación del Derecho por la autoridad jurídica (que sería una creación real) y de la creación del jurista (que sería una creación epistemológica).

La verdad es que no hay un apoyo kantiano para semejante actitud. Según Kant, antes del conocimiento no existe el objeto de ninguna manera; sólo existen las sensaciones. Pero el objeto, con su unidad y su consistir, se constituye cuando el intelecto predica sobre las sensaciones de acuerdo con el logos que él aporta. Las sensaciones sólo aportan la existencia del objeto; pero el objeto como algo que es algo, como algo que tiene su identidad y que consiste en esto y no en aquello, es cosa del pensamiento que no existe de ninguna manera fuera del pensamiento mismo en general que lo piensa.

Si en esto Kelsen fuera kantiano, como lo declara para que se lo entienda bien, no po-

dría decir, como dice, que la autoridad jurídica crea el Derecho sin sentido figurado, o sea con creación real, porque este Derecho así creado ya sería objeto; y un objeto con un ser jurídico en cuanto que se lo reconoce como siendo el Derecho. Precisamente sería el objeto que la Ciencia del Derecho quiere conocer. La contradicción ontológica de Kelsen consigo mismo es, pues, patente. Si Kelsen fuera kantiano tendría que decir que la autoridad jurídica, al dar las normas, crea una masa de sensaciones. En vez de esto Kelsen nos dice que la autoridad jurídica crea, con creación real, unos imperativos despsicologizados (las normas), las cuales no son meras sensaciones sino que ya son objeto al ser calificadas e identificadas de semejante manera.

2) Mi objeción fundamental a la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica, como contradicción intrínseca al propio pensamiento kelseniano, radica en que señalo en esa distinción una superflua reduplicación de la misma cosa. Kelsen, obligado por la Egoología a distinguir entre el concepto que mienta y el objeto mentado, ha recurrido a esa distinción porque de lo contrario tenía que ver el objeto en la conducta o quedarse sin objeto de ninguna especie. La reduplicación de que acuso a la tesis kelseniana es fácil de ver, porque sólo caben estas tres posibilidades con referencia al deber ser lógico de la imputación, que es todo lo que hay de original y duradero en la Teoría pura del Derecho:

a) El deber ser lógico de la imputación podría estar en la norma jurídica, pero no en la proposición jurídica. Kelsen rechaza esta posibilidad. Las normas jurídicas son imperativos despsicologizados; los juicios de deber ser, como tarea específica del jurista, son las proposiciones, dice expresamente con tenaz insistencia.

b) El deber ser lógico de la imputación podría estar en la proposición jurídica, pero no en la norma jurídica. Esta es la actual idea del maestro vienés, a pesar de estas dos asombrosas contradicciones: Por un lado, el Derecho creado por el órgano jurídico, que corresponde a una creación real, sin sentido figurado, ni contendría ni se definiría por el deber ser: el objeto Derecho que lo es en realidad de verdad, no estaría en el campo del deber ser. Y esto repugna a todo lo que significa la Teoría pura del Derecho. Pero por otro lado, la Ciencia del Derecho no sería mero conocimiento, vale decir, contemplación neutral, sino que sería una transformación más que verbal de su objeto y la creación epistemológica no sería una creación tan en sentido figurado como se nos ha dicho, por cuanto a raíz de un objeto que es un ser, nos habla ahora de otro objeto que es un deber ser. Este paso del uno al otro es inexplicable si las categorías del ser y del deber ser son irreductibles y si la Ciencia jurídica entiende que su objeto de conocimiento es el

mismo que el que ha tenido una creación real por parte del órgano. En caso contrario habrá que decir que el jurista nos habla de un Derecho "figurado" o de algo que tiene figura de Derecho, pero que no es el Derecho operante en la experiencia como un fenómeno coexistencial.

c) El deber ser lógico de la imputación podría estar simultáneamente en la norma jurídica y en la proposición jurídica. Podría estarlo explícitamente en ambas o acaso en la primera sólo en forma implícita. De cualquier manera la reduplicación es evidente y la distinción kelseniana, como intento de separar objeto y concepto, se destruye porque se limita a decir la perogrullada de que el órgano del Derecho (como el jurista también), puede equivocarse al pensar. Todavía así, aunque una sea deficiente y aun errada como expresión de su sentido, tanto la norma jurídica como la proposición jurídica se exhiben por igual como juicios acerca del Derecho que vive la comunidad, sin que sea el caso de tener que explicar nuevamente por qué, además, este Derecho real y verdadero se integra con el pensamiento normativo de los órganos, pero no con el de los juristas. Bastará recordar que interesa lo que los órganos hacen y que ese hacer en parte consiste en lo que ellos piensan.

3) No consigue aclarar el profesor Kelsen mi pregunta de si la norma jurídica es o no es un mandato. Decir que se puede aceptar esta calificación siempre que a la palabra "mandato" no se le tome en su sentido propio, no es hablar con claridad. Comprendo que a Kelsen le ha de resultar muy duro aceptar ahora el imperativismo después de haberlo combatido tanto tiempo. Pero la respuesta no puede ser eludida. Si la norma es un juicio, el imperativismo está descartado. Si no lo es, es inútil inventar el fantasma de los imperativos despsicologizados para ocultar que se nos dice sí y no al mismo tiempo. Cualquiera que conozca el desarrollo egológico acerca de cómo nos obliga el pensamiento que forma parte de nuestra circunstancia en cuanto que es obligante todo lo que es circunstancia, ha de convenir que este problema está perfectamente superado dentro de la Teoría egológica del Derecho. Para ello me remito simplemente a mi trabajo "Ciencia del Derecho y Sociología jurídica", del cual el lector sin dominio del castellano tiene una traducción inglesa.

4) Y así llega el profesor Kelsen a un resultado crítico que no es necesario inferir porque él mismo lo consigna expresamente. Da como ejemplo una ley que prescribe la pena de muerte para el delito de alta traición, sin establecer excepciones de ninguna clase. Y luego supone que el tribunal de última instancia castiga un delito de esta especie con pena de privación de la libertad, estableciendo una distinción que la ley no contiene. No duda el profesor Kelsen que este fallo del tribunal ha

creado Derecho; y en esto concordamos con él. Pero ya no se lo entiende cuando dice al respecto: "esto significa que en el caso el Derecho es que el delito de alta traición se castigue con pena corporal, y no con la muerte, pese a que desde el ángulo visual de una interpretación científica de la ley ello resulte falso".

Pues si el Derecho como objeto, es decir aquel que comporta una creación real y no figurada, aquel que la Ciencia jurídica tiende a conocer, es en este caso la decisión del tribunal supremo; por lo tanto, si el verdadero Derecho es que no siempre se castiga con la pena de muerte el delito de alta traición, no se comprende qué ciencia sería aquella para la cual resulta falsa una afirmación de esta índole. Pareciera más vale que la interpretación literal de la ley, presentada por Kelsen con independencia de la realidad en plano gramatical, no es una interpretación científica a pesar de tener figura de Derecho, precisamente porque sólo sería Derecho figurado, es decir, porque semejante interpretación no se corresponde con la realidad completa, de la cual la ley nos dice algo en general.

De aquí infiere Kelsen, para robustecer su distinción entre norma jurídica y proposición jurídica, que la "interpretación" del jurista es de diversa naturaleza que la "interpretación" del órgano; la primera sería científica y la segunda no; y con ello, que la primera únicamente sería conocimiento. Nosotros, en cambio, no inferimos una diversa naturaleza en ambas interpretaciones, sino un diferente grado de verdad: una norma como juicio es falsa y la otra es verdadera. Verdadera es la que se encuentra confirmada por los hechos; y falsa es la que identificando el Derecho con la ley, en actitud totalmente racionalista, toma a la ley por el objeto de conocimiento a pesar de que los hechos aludidos por esa ley no estén del todo aludidos como ellos son en verdad.

Pero el profesor Kelsen no se hace cargo de nada de esto. Por el contrario, llega a creer que mi pensamiento y el suyo son bastante paralelos a pesar mío, cuando dice que la Egoología "si bien rechaza el dualismo de la norma y la proposición jurídicas, introduce en cambio el muy parecido de la norma del jurista y la del órgano". Pero, ¿qué tiene que ver una cosa con la otra? La distinción kelseniana responde a la necesidad de señalar, dentro del conocimiento, el objeto conocido y el concepto cognoscente. En tal carácter la he refutado mostrando que es la reduplicación del mismo concepto. En cambio, la multiplicidad de normas a que yo me refiero —que no es una oposición entre la del órgano y la del jurista; y que igual se refiere a la de dos o más juristas cuando enuncian el mismo Derecho positivo con diferente contenido— sólo alude a la posibilidad científica de dar diferentes conceptos del mismo fenómeno, con el cargo de comprobar

cuál de ellos es verdadero por su adecuación al objeto.

5) La polémica kelseniana pasa luego, con un penoso y fatigoso desarrollo puramente dialéctico, a discutir la tesis egológica de que la norma es conocimiento conceptual cuando la conducta da cumplimiento intuitivo a lo que ella enuncia significativamente. La dialéctica kelseniana quiere mostrar que esta tesis es contradictoria con la pura y simple noción de "conocimiento". Eso es todo.

Pero si Kelsen estuviera más informado de la Egoología, no habría pasado por alto que yo he fundado una distinción entre lo que es conocimiento de espectador y lo que es conocimiento de protagonista; y de que mi tesis se refiere al conocimiento de protagonista exclusivamente.

Esto tiene una clara consecuencia donde luce con toda su fuerza la *ignoratio elenchi* del maestro vienés, a saber: que toda su refutación gira sobre una petición de principio. En efecto, a pesar de su intención, Kelsen no discute ni analiza mi tesis porque no se coloca en ella ni parece advertirla siquiera. Kelsen se limita a mostrar que mi tesis es contradictoria con lo que yo llamo conocimiento de espectador, lo cual valdría como contradicción únicamente si mi tesis fuera de que no hay otra clase de conocimiento que el conocimiento de espectador.

Kelsen ha eludido comenzar por donde debía, es decir, por refutar que haya, con igual categoría científica, esas dos clases de conocimiento. Sobre esto se limita a decir: "un comportamiento no puede conocerse a sí mismo, ni pensarse como conocimiento, ni intuirse como hecho. Estas frases son solamente un amontonamiento de palabras desprovisto de sentido". Como no es mi propósito repetirme para hacer leer de nuevo lo que se puede leer en otra parte, me limito a decir que la idea de un conocimiento de protagonista puede ser muy sorprendente, pero que corresponde a los hechos; y que yo mismo, en mi trabajo "Ciencia del Derecho y Sociología jurídica", he declarado, sobre la evidencia bien fundada de que el hecho es la conducta compartida, que si no hubiera otro conocimiento que el de espectador, entonces la pretensión científica del jurista es infundada en cuanto que la conducta jurídica ya es conocida por la Sociología jurídica con el conocimiento de espectador.

Mi idea de que en la actuación del órgano se despliega "una conducta que se conoce a sí misma pensándose como conocimiento e intuyéndose como hecho" no merece la ligereza de la doble fulminación kelseniana que antes he transcripto. En mi "Teoría de la Verdad jurídica" encontrará la siguiente frase, donde el lector apreciará si se alude a una cosa sin sentido o no, y cómo no puede diferenciarse el conocimiento normativo y una conducta que actúa normativamente: "El juez ya actúa jurídicamente con pensar lo que pensare en la senten-

cia. Y esto es así porque cuando alguien piensa normativamente lo que está haciendo, es obvio que ello equivale a conocer el comportamiento al comportarse, en cuanto que la mismidad de este comportarse es aquel pensamiento. Al pensar normativamente lo que hacemos no se trata de dos acciones, una, la de pensar, y otra, el resto de lo que hacemos, pues ambos aspectos, que presentan la misma mismidad, están totalmente refundidos y compenetrados: la acción es una sola y el doble aspecto que ofrece sólo significa que el actuar, de por sí, directamente, puede explicitar su consistir por una suerte de reflexión inmanente. Si la simple intención efectiva ya determina a la acción, por su sentido, como siendo ésta o aquélla, *a fortiori*, con pensar normativamente nuestra acción ya actuamos”.

6) Pero la *ignoratio elenchi* y la petición de principio prosiguen sin solución de continuidad, apoyándose y dando apoyo, claro está, en inferencias que el profesor Kelsen saca por su cuenta y me las coloca en la mía. He aquí un párrafo elocuente: “El conocer que, según la Teoría egológica, debe ser función tanto del órgano jurídico como del jurista, es caracterizado por el profesor Cozzio como pensamiento *normativo*. Y éste no puede ser sino el pensamiento de una norma”. Vale la pena considerar la última frase. ¿Qué diría el profesor Kelsen si yo le manifestara que esa única posibilidad que él ve, no es la única posibilidad? ¿Y qué dirá el profesor Kelsen cuando lea mi “Teoría de la Verdad jurídica” y vea que el libro comienza precisamente con este tema, ya desenvuelto por mí de la misma manera en otros trabajos, por ejemplo en “Ciencia del Derecho y Sociología jurídica”, del que existe una traducción al inglés? Pues el referido libro comienza haciendo notar que por “ciencia normativa” se puede entender: a) la que suministra normas, b) la que conoce normas, y c) la que conoce mediante normas. Kelsen ve únicamente lo segundo y por eso dice que el pensamiento normativo no puede ser sino el pensamiento de una norma. Lo grave es que quiere ajustar mi pensamiento a esta inteligencia; y así me interpreta y me refuta. Pero la verdad es que mi pensamiento se desenvuelve de acuerdo a la tercera variante, que es la novedad egológica. El profesor Kelsen polemiza como si de ella no tuviera la más leve sospecha.

7) Todavía hay algo más. La idea de que el órgano al actuar y el jurista al pensar sobre el Derecho, despliegan una misma especie de conocimiento (conocimiento normativo), lo lleva a Kelsen a argumentar de que entonces uno de esos conocimientos es superfluo porque ambos serían la misma ciencia. Hago la advertencia que yo comparo el pensamiento del órgano al actuar con el pensamiento del jurista al pensar; y no el comportamiento de uno y otro, como me hace decir el profesor Kelsen, porque el comportamiento del órgano es conducta com-

partida y el del jurista no lo es. Pero sobre la pretendida objeción debo declarar que, desde el punto de vista de la verdad, uno de esos conocimientos es sin duda superfluo porque nada gana la verdad con que se la enuncie dos veces. Pero desde el punto de vista de la vida de la ciencia, ninguno es superfluo, como tampoco es superfluo que dos o más juristas escriban sobre el Derecho positivo. Si la historia de la ciencia fuera únicamente una historia de verdades y no, también, una historia de errores, el argumento de Kelsen podría tener algún sentido. Si la verdad científica fuera cosa fácil que se obtiene de golpe y de una vez para siempre, sería por cierto innecesario que los hombres de ciencia pierdan el tiempo desandando los caminos andados. Pero todos sabemos que las verdades científicas se obtienen por una obra acumulativa, limando y refinando la tarea cumplida por otros. En este sentido el argumento de Kelsen es de una frivolidad aterradora, donde yo no veo sino la vacía habilidad polémica para devolverme la pelota, es decir, lanzar en mi contra el argumento de reduplicación con que yo he objetado su distinción entre norma jurídica y proposición jurídica.

Sin embargo, este argumento pueril conduce al profesor Kelsen a otra idea polémica, para mí muy ilustrativa. Para Kelsen será, no lo dudo, una desagradable sorpresa. Dice, con la frase en modo condicional: “si llegase a descubrirse que el conocer del jurista no es posible sin la previa función del órgano, ya que lo que el primero conoce es precisamente lo que el segundo ha creado, entonces las funciones de uno y otro tendrán que ser cosas diferentes”. A Kelsen le interesa llegar deductivamente a esta diferencia, que afirma la tercera sección de su párrafo.

Pero es el caso que también la Egología hace una diferencia porque no confundimos la actuación de un órgano con la tarea del jurista. Por ejemplo, el juez sentencia o el legislador legisla, en tanto que el jurista simplemente piensa. Lo que la Egología dice, además, es que en esa actuación del órgano hay un pensamiento que es de la misma especie y que tiene el mismo horizonte que el del jurista. En consecuencia, la diferencia de funciones entre uno y otro, nada prueba de por sí contra la tesis egológica.

Lo interesante está en las dos primeras secciones del párrafo kelseniano, que actúan como premisas de su intención. La primera afirmación puede servir como premisa de la conclusión kelseniana, únicamente en el caso de que la segunda afirmación fuera la única posibilidad contenida en la primera; es decir, de que la segunda afirmación tan sólo estuviera explicitando a la primera. Así lo cree, evidentemente, el profesor Kelsen. Pero hay en ello un sofisma porque lo que está en cuestión es, precisamente, si el jurista conoce lo que el ór-

gano hace, o bien la conducta de la comunidad. Sin una petición de principio, no puede Kelsen introducir esta afirmación en el argumento que aquí desenvuelve, porque el argumento tiende justamente a probar que como las funciones del órgano y el jurista son cosas diversas en razón de que la última no es posible sin la previa existencia de la primera, entonces se refuerza la conclusión oculta de que el jurista conoce lo que el órgano hace, que se está presentando como premisa.

Pero la primera afirmación kelseniana no tiene con la segunda el nexo con que Kelsen la presenta. La idea contenida en la frase de que "el conocer del jurista no es posible sin la previa función del órgano" tiene una verdad autónoma. Se sorprenderá el profesor Kelsen si le expreso que con esa idea, depurada en su formulación y llevada a su verdadero significado, la Egoología está en completo acuerdo. Más aún: no hay que poner el pensamiento en forma condicional, porque la Egoología la ha demostrado y explicado. En mi "Teoría de la Verdad jurídica" verá el profesor Kelsen que se ha subrayado la cuestión enérgicamente al decir que, en la Ciencia jurídica, el juez es el *canon del sujeto cognoscente*. Con esto se alude a la necesidad epistemológica que tiene el jurista de pensar poniéndose en el lugar del juez, es decir, de expresar lo que los jueces deben hacer o lo que el jurista haría si fuera juez. No puede darse una formulación más enérgica al hecho de que el conocer del jurista no es posible sin la actuación del órgano.

Sólo que este hecho inconcuso, recogido en la primera premisa kelseniana, se le vuelve en contra y argumenta en favor de la tesis egoológica. Viendo las cosas con claridad, ni le sirve ni le puede servir a Kelsen de premisa, porque da ampliamente razón a la idea egoológica de que en la actuación del órgano hay un pensamiento idéntico al del jurista por su naturaleza y por su horizonte. Pues, en efecto, ¿cómo el jurista podría ponerse en el lugar del juez, al conocer, si el juez no conociera al sentenciar? ¿No resulta obvio que si el conocimiento del jurista consiste en decir qué debe hacer el juez, es porque, en el comportamiento del juez, el jurista encuentra como dato el mismo pensamiento que el jurista enuncia, por mucho que lo enuncie con más claridad, precisión y riqueza de fundamentos? Si el jurista, cuando conoce el Derecho, no le imparte una orden al juez; vale decir, si la concordancia entre el pensamiento del jurista y la actuación del juez, la pretende el jurista a nombre de la verdad, ¿cómo entender esta concordancia si la verdad del jurista no fuera también la verdad de su conducta para el juez? ¿Mediante qué mecanismo no imperativista y bajo cuál autoridad no jerárquica, podría un juez sentenciar sirviéndose de la opinión de un jurista, si la sentencia no fuera también, de hecho, una opinión jurídica; y en el caso, la misma opinión jurídica? Todo

esto hace ver, con superlativa claridad, que si el jurista, al conocer, puede ponerse en el papel de juez, como forzosamente tiene que hacerlo para ser jurista, sencillamente es porque el juez conoce al sentenciar.

Con la Teoría egoológica, por primera vez se ha llamado la atención sobre el canon del sujeto cognoscente en el Derecho. Esto no es una invención arbitraria; por el contrario, corresponde a la evidencia de la más cruda realidad. La Teoría egoológica cree que toda la gnoseología jurídica gira sobre este gozne. Sin embargo el profesor Kelsen discute mi análisis gnoseológico, o cree discutirlo, sin la más leve vislumbre de esta problemática.

8) Fácilmente se colige que toda esta parte de la polémica gira en torno de la relación entre la verdad y las normas.

La tesis egoológica sostiene que una norma jurídica puede ser verdadera o no.

La tesis kelseniana declara carente de sentido a este planteamiento. Sólo la proposición jurídica puede ser verdadera o falsa; la norma jurídica no puede ser más que válida o inválida, eficaz o ineficaz.

La cuestión no es para resolverla en el papel. Todo consiste en ir a la experiencia jurídica y ver cuál de las tesis se adecúa más a lo que sucede en esa experiencia. Y esto es una verificación que incumbe a cada estudioso por su propia cuenta. Yo deseo hacer tan sólo dos observaciones.

a) Así como la verdad referente a los objetos ideales, para completarse, se desenvuelve con una sola clase de verdad (verdades de esencia); y así como la verdad referente a los objetos naturales, para completarse, se desenvuelve con dos clases de verdades (verdades de esencia y de existencia); así también todo conocedor de la Egoología sabe que, para nosotros, la verdad jurídica, para completarse, requiere desenvolver tres clases de verdades, de esencia, de existencia y de valor. La verdad de esencia se contrapone a la falsedad; la verdad de existencia también se contrapone a la falsedad; la verdad estimativa se contrapone al error con sentido teórico, pero no a la falsedad. Según la Egoología, una norma jurídica, por la mención que contiene acerca de la conducta, puede ser considerada en los tres planos. Según el primero, una norma jurídica será verdadera si se refiere a una conducta compartida; y falsa en el caso contrario. Como se trata de una verdad de esencia en el objeto, y como todas las esencias imaginables son *a priori* compatibles entre sí, la esencia de la norma jurídica (problema de la validez) resulta a su vez necesariamente compatible con la esencia del objeto; de ahí que si el pensamiento normativo no mienta conducta compartida, tampoco puede ser norma jurídica; y, a la inversa, si no lo mienta con la estructura disyuntiva que ha señalado la Teoría egoológica, tampoco puede mentar conducta compartida. Según el segundo pla-

no, la norma jurídica será verdadera si la conducta compartida que ella mienta, existe; y falsa en el caso contrario. La norma verdadera resulta, en consecuencia, ser norma positiva, vigente o eficaz, como quiera decirse; y esto es una verdad de hecho. Según el tercer plano, la norma jurídica será verdadera si la conducta compartida existente que ella mienta, es justa; y será errada en el caso contrario. También esto, dentro de la Ciencia Dogmática, es una verdad de hecho, o diciéndolo mejor, una verdad histórica, cualquiera sea la palabra que la Metafísica tenga legítimamente por decir si llega a autenticar el sentido de la ciencia. Obviamente tanto las soluciones normativas del jurista como las del órgano, por igual, contienen pronunciamientos sobre las tres clases de verdades. Y nada significa decir, como hace Kelsen, que los pronunciamientos de la tercera especie que formula el jurista, no son ciencia sino política, porque el jurista cumple permanentemente su tarea efectuando estos pronunciamientos. Es así que el propio Kelsen ha ligado al Derecho el valor *paz*; con lo cual las normas pacificadoras, además de su eficacia como verdad de existencia, tendrían una verdad estimativa; y sobre ello el juicio del jurista sería precedente.

Ahora bien; sobre la base del precedente esquema de la teoría egológica sobre la verdad jurídica, se advierte cuan fragmentaria es la tesis kelseniana más arriba expuesta y cómo ella resulta confusa por su unilateralidad. Cuando Kelsen dice que la proposición jurídica, pero no la norma, puede ser verdadera o falsa, se sitúa en el segundo plano de verdades, sin advertir que cuando a la par dice que la norma jurídica puede ser eficaz o ineficaz, está admitiendo lo mismo que pretendía negarle. En efecto; volvamos al ejemplo de Kelsen en que una ley ha dispuesto la pena de muerte para el delito de alta traición. Si todas las sentencias pertinentes imponen semejante sanción, la ley es eficaz. Pero una explicitación fenomenológica nos enseña que, entonces, el enunciado del legislador significa lo siguiente: "es verdad que todos los traidores sufren la pena de muerte"; es decir, que la norma puede ser calificada de verdadera o falsa. Si la Corte suprema hubiera hecho el distingo que supuso Kelsen, entonces habría que decir: "no es verdad que todos los traidores sufren la pena de muerte", o "es verdad que algunos traidores sufren la pena de muerte y otros no".

Según Kelsen, cuando el jurista formula la proposición jurídica substituyendo el verbo "sufrir" por el verbo "deber sufrir", en ambos casos, con o sin el distingo de la Corte suprema, a la proposición jurídica le corresponde el mismo significado, a saber: "es verdad que todos los traidores deben sufrir la pena de muerte". Pero esto sería reducir las normas a las leyes; también para Kelsen es una norma la sentencia de la Corte suprema y no se ve la razón por la

cual su jurista, concedor de normas, habría de excluir estas sentencias. El jurista kelseniano tiene como único problema, en este caso, determinar si es verdad que todos los traidores deben sufrir la pena de muerte o si solamente algunos deben sufrirla. Y es obvio que si la Corte suprema no ha efectuado ningún distingo, será verdadera la primera proposición; y si lo ha efectuado, será verdadera la segunda, y la primera falsa. En ambos casos el juicio de verdad procede y se modifica, por las mismas razones, que el juicio de verdad explicitado respecto de la norma; y ello, porque en la norma y en la proposición está formulado el mismo juicio de verdad, respecto de una existencia. La sola diferencia concierne a que en lo que Kelsen llama proposición se ha explicitado con el verbo "deber ser", el sentido ya implícito en la norma. Pero esto es otro asunto, del que antes he hablado y que ahora no nos concierne.

Por otra parte, Kelsen se coloca unilateralmente en el tercer plano de la verdad jurídica cuando, en las clases de Buenos Aires y en otros trabajos suyos, dice que la norma puede ser justa o injusta, pero que la proposición carece de sentido a este respecto. Sin embargo, basta remitirnos a una proposición jurídica que tematice, por interpretación, el aspecto de paz o discordia contenido en la mención de una norma, para advertir que cabe el pronunciamiento acerca de la justicia o injusticia de aquella proposición del jurista; o si el profesor Kelsen lo prefiere, acerca de la verdad estimativa de aquella proposición.

Por último, el profesor Kelsen cuando habla de que una norma puede ser válida o inválida, se pone en otra cosa. Ahora está en algo que interesa a la esencia de la norma (que es una esencia formal), pero no en la esencia del Derecho (que es una esencia material), ni en su existencia, ni en su valor axiológico. Sólo que una proposición jurídica también puede ser válida o inválida, en cuanto que la proposición también tiene algo (su ser) de lo cual depende que sea o no sea proposición jurídica. La proposición jurídica vale como pensamiento si tiene cierta estructura y es compatible con los demás pensamientos del sistema mental a que pertenece. No es posible olvidar acá que la validez es la verdad lógica, es decir, la verdad del pensamiento como mero pensamiento. Y de nuevo huelga mostrar que la validez de las normas y la de las proposiciones jurídicas es una y la misma cosa. El siguiente ejemplo ilustra el punto: La Constitución argentina prohíbe la pena de azotes y los tormentos. Suponed que el legislador sancionara un cód. penal instituyendo la pena de azotes para el delito de robo. Esta norma carecería de validez. Pero suponer que un jurista enuncia, con la fraseología kelseniana, la correspondiente proposición jurídica: "el que roba debe ser azotado". Este enunciado científico no sería falso respecto del código de nuestro legislador; sin embargo, científicamente

es un enunciado falso como conocimiento del Derecho argentino. Pero falso ¿por qué? Visiblemente porque la proposición jurídica *no vale* como enunciado si ella se desentiende de la validez constitucional, es decir, si ella misma no se subsume o juega dentro de la significación constitucional. O sea, que la proposición jurídica *no vale* como enunciado, por la misma razón que aquella norma del cód. penal *no vale* como norma jurídica.

b) Mi segunda observación se hace cargo de un fenómeno de experiencia que vale la pena considerar. Es cosa de todos los días oír decir a los juristas que una determinada sentencia o una determinada ley es un error.

Para Kelsen esta expresión carece de sentido teorético. La Teoría egológica, por el contrario, fundamenta y esclarece el riguroso sentido teorético que tiene.

Que quede la cuestión como una sugestión para los juristas. A medida que profundicen la tesis egológica, no dudo que se les iluminará el sentido de la experiencia que ellos viven con la pasión de su verdad. De todas maneras, la suerte de una y otra tesis, la kelseniana y la mía, depende de su correspondencia con esa experiencia.

#### VI. — ESTÁTICA Y DINÁMICA JURÍDICAS

Llego al último punto de la controversia con el profesor Kelsen. Se discute si su distinción entre Estática y Dinámica del Derecho es unívoca, es decir, se refiere al mismo objeto de conocimiento; o si es equívoca, es decir, que la consideración dinámica introduce en la investigación otro objeto heterogéneo a la par de las normas, siendo este hermano siamés no otra cosa que la conducta humana que el profesor Kelsen ha intentado descartar.

Declara el profesor Kelsen que este punto de la controversia no es esencial para la Teoría pura del Derecho. La prudente aclaración, sin embargo, no me excusa de restarle atención porque el profesor Kelsen me acusa, en este momento, de haber falseado su pensamiento. Para ello transcribe el renglón final del párrafo en que yo contrapuse su tesis y la mía. Pero lealmente debo preguntarme si yo he falseado el pensamiento de Kelsen o es él quien falsea el mío, con esa transcripción fragmentaria que le sirve de único apoyo para su respuesta crítica. Pido al lector neutral que lea mi párrafo completo y no sólo la frase final que transcribe el profesor Kelsen. El fragmento transcrito por mi eminente contendor, dice: "Allí (en la Estática) aparecen las normas jurídicas y aquí (en la Dinámica) los actos jurídicos de creación y aplicación del ordenamiento". De tan sólo esto se vale el profesor Kelsen para acusarme de haber falseado su pensamiento, afirmando que lo hago decir que la Dinámica del Derecho *se referiría solamente a la conducta de los órganos jurídicos* (La bastardilla es su expresión). Pero la verdad es otra y muy otra.

La frase final que transcribe el profesor Kelsen —y que por eso es frase final—, tiende a destacar que en la consideración dinámica el profesor Kelsen hace *aparecer* a la conducta al lado de las normas, cosa que en la consideración estática no aparece de ninguna manera. El fragmento inmediatamente anterior al que transcribe el profesor Kelsen, dentro de un párrafo en que ya he precisado que se trata de "la conducta en cuanto está determinada por las normas", dice así, aclarando esta precisión: "por lo tanto, conducta de los órganos que siguen el procedimiento creador prescripto por las normas más altas correspondientes de la pirámide jurídica y *conducta que sin esta referencia normativa no sería Derecho*". Que se me permita subrayar para que esta vez el profesor Kelsen me lea con más atención. Lo cierto es que ahí está resumido su pensamiento exactamente de la manera que él hubiera deseado que lo haga. Mi frase completa coincide plenamente con lo que él ha escrito en "General Theory of Law and State" y con lo que leyó en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. De su segunda conferencia son estas frases, donde me toca ahora a mí poner el subrayado: "Si consideramos el Derecho desde el punto de vista dinámico, la conducta humana a la que se refieren las normas jurídicas se coloca en primer plano". "Estos actos que crean y aplican el Derecho son el *particular objeto* de la ciencia dinámica del Derecho, *aunque no son su único objeto*". "El Derecho como objeto de una teoría dinámica es un sistema *de actos de conducta humana* determinados por las normas de un ordenamiento jurídico".

De todas maneras lo principal estaba en mi objeción y no en el inexistente falseamiento de su pensamiento. Mi objeción está planteada y formulada en inequívoco lenguaje filosófico con estas palabras: "Kelsen no ve que cuando habla del Derecho estáticamente considerado sólo se refiere a conceptos jurídicos sin intuición, en tanto que cuando habla del Derecho dinámicamente considerado se refiere a conceptos jurídicos con sus intuiciones. Esa es, en verdad, la diferencia que aquí maneja con aquellas designaciones metafóricas". Esto comprueba, una vez más, que nunca le he atribuído la idea de que la conducta fuera el único objeto de la consideración dinámica, pues en tal caso hubiérame dicho que, por un lado, se refiere a conceptos jurídicos sin intuición y, por otro, a intuiciones sin conceptos jurídicos. Mi afirmación no puede ser más clara: la dinámica kelseniana se refiere a conceptos jurídicos con sus intuiciones, es decir, a normas y a la conducta correspondiente. La conducta, pues, *aparece* ahora al lado de las normas.

La respuesta kelseniana, que se alarga acusándome de lo que no tiene motivo alguno para acusarme, responde a mi objeción con el silencio como si mi transcrita frase no existiera. La tesis egológica no tiene ningún problema

con la dualidad de norma y conducta, de concepto e intuición, porque *el mismo objeto* puede ser mentado e intuido. Así se constituye todo conocimiento de realidades. Pero desde que la norma, para Kelsen, no es un juicio sino otro diferente objeto de conocimiento, él, sí, tiene el problema crucial de salvar la unidad del objeto de conocimiento del jurista en cuanto que, en su Dinámica, ha ayuntado dos objetos heterogéneos, la norma y la conducta. Todo esto está filosóficamente dicho en la breve fórmula que he recordado. Y por mucha habilidad fraseológica que se despliegue para salir de la *impasse*, a nadie se le escapa que en la coyunda dinámica de Kelsen entre norma y conducta, la conducta se lleva la parte del león; es decir, que la Dinámica kelseniana se refiere mucho más a la conducta que a la norma porque la conducta oficia de sujeto en las proposiciones con que explica la cuestión, y las normas son sus adjetivos gramaticales.

Es así que la contestación kelseniana refuerza mi objeción muy a pesar de él, porque lejos de haber conseguido explicar que al hablar en coyunda dinámica de las normas jurídicas y de la conducta de los órganos, estaría hablando únicamente de las normas jurídicas, pone en evidencia la intromisión de un objeto espurio a su teoría como sujeto del discurso. En efecto; no es explicación ninguna decir que en la representación dinámica sólo "el acento" recae sobre la conducta, o que la conducta meramente aparece "en primer plano"; esto es simple fraseología metafórica, propia "de una terminología que no parece dar mucha importancia a la precisión y la claridad", como le agrada decir al profesor Kelsen. En cambio, tiene importancia la siguiente declaración más connotativa: lo que en la concepción dinámica del Derecho aparece en primer plano sólo es "*un cierto contenido* de las normas jurídicas, a saber, *los actos* creadores de Derecho regulados por esas normas". Evidentemente cuando se discurre acerca de la norma se habla de un objeto diferente de cuando se discurre acerca de algún contenido de la norma. La intromisión de un segundo objeto a conocer y el desplazamiento del primero por el segundo, es patente. El papel substantivo que, para la predicación, asume ese "contenido" y el papel de adjetivación calificativa a que está relegada la norma, son cosas que saltan a la vista.

Si todavía se tiene presente que ese "contenido" privilegiado es la conducta efectiva de los órganos, en cuanto que sin efectiva conducta no habría creación normativa subsiguiente, entonces ya no cabe duda ninguna de que mi objeción es procedente, por mucho que el profesor Kelsen intente escapar a ella. Una cosa es la norma, la que, dentro de la idea kelseniana, sería un imperativo des-psicologizado; y otra, que ya no tiene esta naturaleza, es el acto que efectúa el órgano y en ausencia del cual no hay creación jurídica de ninguna especie. O dicho de otro modo: una cosa es lo que un

código procesal dice acerca de lo que debe hacer un juez al sentenciar, y otra muy diferente es el hecho del juez al sentenciar. Lo primero es una significación y lo segundo una percepción.

Después que el profesor Kelsen ha admitido que la norma es un imperativo des-psicologizado, para salvar aquí la unidad del objeto de conocimiento del jurista, es decir, para hacernos ver que su concepción dinámica se refiere a *lo mismo* que su concepción estática, no tiene más que uno de estos dos caminos:

1) Afirmar que el especial contenido normativo sobre el que discurre la concepción dinámica es igualmente el imperativo des-psicologizado; o sea, que la norma equivale a uno de sus contenidos. Lo que es inadmisibles porque no podemos identificar la parte con el todo.

2) Afirmar que aquel especial contenido normativo es una parte del imperativo des-psicologizado. Lo que también contradice la tesis kelseniana por la siguiente razón: Una cosa es la norma en cuanto sería un imperativo des-psicologizado; otra cosa es el acto debido por el órgano como algo simplemente debido pero aun no realizado, que es, ciertamente, parte de aquel imperativo; y una tercera cosa totalmente heterogénea, es el acto que cumple el órgano que, en cuanto tal, no es un imperativo sino una perceptible realidad de conducta. Ahora bien; es obvio que sin lo último no cabe hablar de creación del Derecho y que sólo lo último se conecta con la creación normativa subsiguiente que la dinámica kelseniana tiene el propósito de presentar. Nadie puede afirmar que prescribir un acto sea lo mismo que realizarlo. Por lo tanto, no se habla de lo segundo con hablar solamente de lo primero; y a la inversa, cuando se habla de lo segundo no es que se ha colocado el acento en otra parte de lo mismo, sino que se está hablando de otra cosa que no es la primera. La maraña de la fraseología kelseniana está al descubierto: su concepción dinámica, en cuanto que se hace cargo de la creación jurídica, está hablando de la conducta y no de las normas, porque la conducta resulta inevitablemente el objeto a conocer. Esto contradice su explicación acerca de la Dinámica; contradice la idea de Kelsen acerca del Derecho como objeto; y contrapone otro objeto de conocimiento al objeto de conocimiento analizado por su Estática.

La tesis egológica de que la concepción dinámica se refiere a conceptos jurídicos con sus intuiciones, no incurre en ninguna de estas contradicciones y, además, explica por qué se habla también de las normas asignándoles a ellas el mismo papel que se les asigna en todo el curso de la concepción egológica del Derecho.

#### VII. - CONCLUSIONES Y ACLARACIÓN FINAL

La polémica ha llegado a su fin en el presente entredicho. El profesor Kelsen sugiere que no ha de participar más en ella cuando dice que "responde de una vez por todas". El

presente episodio sería para él el capítulo final. Nada tengo que objetarle porque cada uno sabe lo que le conviene hacer. Pero como la polémica no es un asunto personal entre él y yo, sino una confrontación de dos teorías jurídicas en la que la Ciencia del Derecho está directamente interesada, dudo mucho que se trate del capítulo final. Otros han de proseguirla, en la medida en que las ideas kelsenianas y las ideas egológicas tengan algún valor objetivo. Yo tengo esta esperanza como una cosa muy segura, incluso en sus aspectos más paradójales como, por ejemplo, en la convicción de que la subsistencia futura de la Teoría pura del Derecho depende de la absorción que de ella ha efectuado la Teoría egológica. Y a este respecto me aliena grandemente la próxima aparición en inglés de mi "Teoría de la Verdad jurídica", que llevará mi pensamiento a los estudiosos que no hablan español. Pues prefiero que mis ideas sean juzgadas sobre la base de mi libro y no sobre el resumen caricaturesco de ellas, infiel en todo momento, con que el profesor Kelsen las ha presentado en idioma alemán.

Sólo me resta aclarar el doble reproche del profesor Kelsen acerca de la edición castellana, en un mismo libro, de sus conferencias en Buenos Aires y de mi crítica a ellas; y acerca de la aparición de mi crítica en la "Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", que dirige el profesor Alfred von Verdross y en versión alemana del profesor Otto E. Langfelder.

El libro, publicado por la Editorial G. Kraft con el auspicio de la Facultad de Derecho, respondía a una necesidad de los estudiosos de habla española, como lo comprueba el hecho de que la totalidad de la edición se vendió en muy pocos meses. Y es de esperar que el mismo éxito tenga la edición francesa cuando salga a luz. Pero el libro no presenta, como parece haberlo entendido el profesor Kelsen, mi trabajo crítico bajo el nombre conjunto de Kelsen y mío, cual si esas críticas contaran con la conformidad del profesor Kelsen. Todo lo contrario; el libro ofrece, primero, las conferencias del profesor Kelsen bajo la égida de su solo nombre; y después, como una segunda parte independiente bajo mi exclusivo nombre, el artículo crítico que el profesor Kelsen ha leído en la reputada revista del profesor von Verdross.

Cuanto a esta publicación en idioma alemán, que contó con la autorización del profesor Kelsen y copia de la cual le envié por correo certificado con más de un año de anticipación a la de su aparición en la revista austríaca, el profesor Kelsen declara ahora que no la habría autorizado, con las siguientes palabras: "Es cierto que el editor de aquella revista, señor profesor Alfred Verdross, me preguntó si tenía alguna objeción que hacer a la publicación del artículo de Cozzio. Como sabía que el escrito iba dirigido contra mí, y siempre he observado el principio de no hacer lo más mínimo para

estorbar la publicación de un artículo adverso a mi doctrina, y en mi carácter de editor incluso he publicado artículos de tal índole, al punto respondí, sin haber leído el manuscrito, que no tenía ninguna objeción que hacer. Así lo hice saber también al profesor Cozzio, en unas líneas de las que se desprendía que, al escribir mi carta, no había leído su manuscrito; pues expresamente le advertía que quería leer su trabajo cuando estuviera impreso. Si en aquel entonces lo hubiera leído, no me habría sido posible decir tal cosa".

Sin otro propósito que el de disipar los motivos de queja del profesor Kelsen y el de aclarar lo que se desprendía de su carta, me siento obligado a hacer conocer el texto en su original inglés. Dice así, el párrafo pertinente: "I am now again one of the Editors of the Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, which I have founded in 1913. In this capacity I have been consulted about the publication of your article concerning the balance of my lectures in Argentina. It stands to reason that I gave my consent and I am looking forward to reading it printed, in the excellent translation by Langfelder". La fecha es del 10 de marzo de 1950.

Y ahora sólo me resta agradecer muy vivamente a la revista LA LEY, de Buenos Aires, a la "Revista de la Facultad de Derecho" de México, a la "Revista de Estudios Políticos" de Madrid y a la "Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht" de Viena, por la honrosa y generosa hospitalidad que me han brindado en el curso de esta polémica. Aunque acoger una polémica de ideas es casi una obligación para las revistas que cumplen la delicada función científica de tener a los estudiosos al tanto de lo que pasa en su mundo específico, en mérito de que las polémicas integran el desenvolvimiento normal de la vida científica, ello es también una carga porque las polémicas tienen, ordinariamente, algún aspecto personal desagradable y más de una arista mortificante.

El hecho de que esta polémica con el profesor Kelsen constituye un acontecimiento intelectual de primera categoría, en el mundo jurídico de habla española al menos, acaso sea mi único título para haber merecido tanta benevolencia por parte de las revistas antes citadas. Pero ello no me exime de reconocer el tributo que han estado pagando. Me consuela pensar que es un tributo que se paga a la ciencia.

Por mi parte, también lo he pagado con verdadero dolor. Lamento profundamente que al profesor Kelsen le haya ocasionado tan tremendo disgusto ver aparecer en un libro, su nombre al lado del mío. Pero sospecho que, como un maleficio, los va a ver juntos muchas veces más en la literatura jurídica de los próximos años. Hay cosas irremediables en el destino de quienes vivimos la búsqueda de la verdad con límpida pasión. *Amicus Plato, sed magis amica veritas.*