

LA "CAUSA" Y LA COMPRESION EN EL DERECHO

Carlos Cossio

JUREZ
EDITOR



Carrión

LA "CAUSA" Y LA COMPRENSION
EN EL DERECHO

Estudios Ecológicos Fundamentales Nº 7

Cozzio

Colección:

IDEAS Y PROBLEMAS LATINOAMERICANOS

Dirigen:

**CARLOS COSSIO
GUILLERMO NOLASCO JUAREZ**

Carri

www.carloscoasio.com.ar

CARLOS COSSIO

LA "CAUSA"
Y LA COMPRESION
EN EL DERECHO



JUAREZ EDITOR S. A.
Buenos Aires

Carri

www.carloscoasio.com.ar

Colección:

IDEAS Y PROBLEMAS LATINOAMERICANOS

Dirigen:

CARLOS COSSIO
GUILLERMO NOLASCO JUAREZ

Carosio

www.carloscoasio.com.ar

CARLOS COSSIO

LA “CAUSA”
Y LA COMPRESION
EN EL DERECHO



JUAREZ EDITOR S. A.
Buenos Aires

Carri

1ª edición - (LA LEY), 1947

2ª edición - (ANALES), 1948

3ª edición - (Reimpresión del INSTITUTO ARGENTINO
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL)

4ª edición - (edición definitiva Juárez Editor), 1969

Tapa:

JUAN CARLOS CAVALLERO

© by JUAREZ EDITOR S. A.

San Martín 1033, piso 3º B, Buenos Aires.

Hecho el depósito que marca la Ley nº 11.723.

Todos los derechos reservados.

Impreso en la Argentina. Printed in Argentina, 1969.



CON VIVA SIMPATIA DEDICO ESTE ENSAYO
a LUIS CABRAL DE MONCADA,
EL PRECLARO MAESTRO PORTUGUES
EN CUYAS MANOS SE SENTIO FIRME,
EN SU PATRIA, LA IUSFILOSOFIA DEL SIGLO XX

Caroscozzio

Carrión

PROEMIO Y NOTICIA

El título de este libro, que no puede tener otro mejor que el que lleva, acaso aleje indebidamente al lector de cultura general y aún al filósofo. Sería de lamentar porque, para no despistar a nadie, el título no puede ser otro que el que es y porque el libro está escrito señaladamente también para ellos y no sólo para los especialistas en el estudio del Derecho.

La antítesis del epígrafe —causalidad y comprensión— evoca el enfrentamiento que deben encarar las ciencias del hombre con las ciencias de la Naturaleza; y bastaría recordar esto a los filósofos para que esta obra se presente a sus ojos como lo que de verdad es. Ya lo señaló Dilthey con un aforismo insuperable, que corresponde recordar: la Naturaleza se explica; la Cultura se comprende. Ocurre, sí, que aquí expongo y analizo el tema sobre la base de un problema muy concreto que afecta a la ciencia jurídica. En tal sentido, el lector se sentirá tratado como un jurista por la información de primera agua que al respecto recibirá. Pero pronto caerá en cuenta que, en rigor, sólo se trata de mostrarle debidamente la dimensión filosófica del Derecho; cosa que el Derecho, claro está, la tiene en grado eminente; y cosa que, si ha de ser motivo de un filosofar serio, debe ser implantada sin tapujos sobre los esfuerzos científicos que hubieren efectuado los especialistas. Nadie se atrevería hoy a filosofar sobre la Naturaleza por abajo del nivel alcanzado en las ciencias físicas y biológicas; en tal sentido, el filósofo no juzga desmedido que se le exija algún contacto con la teoría de la relatividad, la teoría de los quanta y la teoría del ácido desoxirribonucleico. Pero para una exigen-

cia equivalente, el filósofo de la cultura está en déficit: filosofa por abajo del nivel que tienen las especialidades.

En tal caso, el riesgo de su filosofía es el de la charla. El lector, por contraste, lo comprobará con este libro. Queda así rescatada la justeza de su título. Pensemos en el filósofo: como un ejemplo relativo a la Cultura en general, el lector con inquietudes fundamentales filosofará aquí sobre el Derecho desde el alto nivel en que hoy están los especialistas. Y pensemos también en el jurista: advertirá que puede trabajar de otra manera, con más seguridad y eficiencia, sólo porque sus ojos pueden percibir cosas que antes no percibían. Aunque el filósofo no tenga manos, según es creencia muy difundida, sus ojos son de larga vista.

En el siglo XIX la filosofía del hombre se desentendió de la Jurisprudencia y a su vez ésta, por su parte, se desentendió de la Filosofía. Una y otra se degradaron por el mismo motivo. Hoy nos parece absurdo semejante doble divorcio. Una manera de superar este absurdo —acaso sea en verdad la única manera— es convocar al especialista y al filósofo para que trabajen tomados de la mano. El lector apreciará, como filósofo o como jurista, si esto es cosa lograda en este libro, si esto alcanza ahí la jerarquía de un nuevo estilo para el trabajo intelectual dentro del horizonte de la antropología filosófica.

Este ensayo se publicó por primera vez en el año 1947, en la revista LA LEY, t. 47, de Buenos Aires.

En el año 1948 se publicó nuevamente, enriquecido con varias ampliaciones explicativas o demostrativas, en los ANALES, t. XVI, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

Un año después, con ese mismo texto, el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social sacó una edición de tiraje limitado para sus Miembros de Número y Miembros Corresponsales y para su canje.

También en 1949 se publicó en traducción portuguesa en el Nº 12 del BOLETIM DO MINISTERIO DA JUSTIÇA

de Lisboa, traducción efectuada por el Dr. Vera Jardim siguiendo el texto originario de 1947 que publicó LA LEY.

La presente versión, que ha de tenerse como la edición definitiva, trae también, intercalados, ampliaciones y desarrollos inéditos y presenta ocasionalmente reajustes terminológicos con los que el ensayo se integra mejor en la sistemática egológica de acuerdo al despliegue que ésta ha alcanzado en la actualidad. Uno de estos desarrollos inéditos —el más extenso—, provocado por una reciente sentencia de nuestros tribunales, corresponde al capítulo 14 de la obra.

Carrión

*1) Civilistas, Criminalistas y Jusfilósofos en faena común.
Perspectivas.*

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

Sorprende ha de ocasionar si, anticipando algunos de los resultados que hemos obtenido en el análisis de este problema, decimos que allí encontramos a los jusfilósofos, a los civilistas y a los criminalistas confluyendo en una investigación común, aunque, a la verdad, con ignorancia recíproca, como si estuvieran de espaldas entre sí, no sólo sin conciencia de la comunidad de esfuerzos, sino más aún: creyendo que trabajaban sobre asuntos diferentes, donde el interés de los unos era totalmente ajeno al interés de los otros.

En efecto, encontramos a los civilistas preguntando primero por la causa en los contratos, luego por la causa en las obligaciones, y, por último, con más generalidad, simplemente por la causa en los actos jurídicos. A su vez, por vía independiente, encontramos a los criminalistas preguntando por la causa en los delitos. Y también por vía independiente, encontramos finalmente a los jusfilósofos de más acentuado cuño racionalista, averiguando la consecutividad o transitividad de las normas jurídicas, para explicar por su coordinación horizontal en la pirámide, por qué un

deber jurídico subsigue a otro deber jurídico en la experiencia.

A primera vista no se advierte la identidad del problema en esta triplicidad de esfuerzos. Pero a poco que se desoculte su fundamento, la identidad se nos hará patente. Como hemos dicho, este asunto ha consistido, para el interés generalizante del jusfilósofo, en la necesidad de aclarar el hecho de que el Derecho, en su decurso real en la experiencia, se desarrolla presentando indefinidamente un deber jurídico a continuación de otro deber jurídico en el caso de que este último deber sea transgredido. Pero radicada esta problemática, por el racionalismo, en el plano conceptual de las normas, tenía que resultar inadecuada su respuesta para dar cuenta de una modalidad de la experiencia jurídica, por la sencilla razón de que la realidad no es pensamiento y las normas, al revés, son pensamiento y nada más.

Por el contrario, si para la teoría egológica el Derecho es una realidad de experiencia cultural, a poco que se reflexione que la existencia de la realidad natural es una existencia causada y que a esa existencia se la conoce por sus causas, no puede ya sorprender que la investigación egológica de la existencia o positividad del Derecho tuviera que llegar a revisar el problema de la causa en el Derecho, planteado en diferentes claves por criminalistas y civilistas. En el fondo, el de los juristas es el mismo problema que el que debe afrontar una jusfilosofía realista, aunque en ellos visto con visión no generalizante sino particularizada por el interés local y divergente de ciertos temas de las correspondientes especialidades. Es verdad que civilistas y criminalistas creen que cuando unos y otros hablan de causa en las obligaciones y causa en los delitos, se refieren a dos cuestiones tan diversas que no sólo es imposible confundirlas sino también que lo que se dice de la una es extraño e indiferente para lo que se dice de la otra. Sin embargo, la teoría egológica, al abordar este asunto y esclarecer el error de planteamiento, hará ver que la hendedura entre civilistas

y criminalistas sólo es aparente, pues no se funda en la diversidad de dos problemas, sino en la diversidad de soluciones de un mismo problema; diversidad de soluciones no justificada, pero que no pudo haber sido superada hasta no haberse visto la unidad del problema.

Civilistas y criminalistas se han interesado por el problema teórico de la causa en el Derecho, debido a la exigencia empírica de haber encontrado en un Código, por ejemplo, la enunciación normativa de que un contrato es nulo por falta *de causa* o de que se castiga a quien *causare* en otro un debilitamiento permanente en su salud. En correspondencia con estos puntos de partida contingentes y diferentes, civilistas y criminalistas han tematizado su respectivo problema bajo la idea, anteriormente recordada y que refleja bien el artificial tabicamiento intelectual en que todavía viven los especialistas del Derecho, de que la tarea enfocada y cumplida por los civilistas en torno a la causa en las obligaciones, está desconectada de la enfocada y cumplida por los criminalistas en torno a la causa en los delitos —y viceversa—, en razón de ser dos asuntos totalmente diversos y heterogéneos.

Pero ya la circunstancia de que en cada uno de estos núcleos de investigación se haya producido, por igual, la escisión de causalistas y anti-causalistas, hace sospechar que ambos órdenes de problemas no son tan heterogéneos como se ha creído, a poco que se medite sobre el fundamento común de tal escisión. Precisamente esto nos lleva a entrar en materia comenzando con el enfoque tenido en cuenta por los jusfilósofos, pues la razón que fundamenta la división entre causalistas y anti-causalistas es un problema notoriamente filosófico; es el combate entre el empirismo y el racionalismo, de modo que el esclarecimiento de esta cuestión común a los campos penal y civil, contribuirá a hacer ver luego la unidad del problema principal que hemos enunciado.

En este sentido, comenzando nuestra exposición con el planteamiento formulado por los jusfilósofos racionalistas

y sacando a la cuestión de este desenfoque, daremos una solución generalizada, no sólo fecunda y suficiente para las exigencias doctrinarias sino también común y unívoca, en su lenguaje y en su temática, para penalistas, civilistas y filósofos. Y más todavía: con proyecciones de mayor amplitud que la hasta ahora entrevista por éstos, pues no se refiere sólo al tránsito de un deber a otro cuando aquél es transgredido, sino al tránsito de coordinación entre normas de un mismo plano en toda su generalidad, sea que un deber se transgreda como en aquella consideración, o que no se transgreda como en el tránsito de deberes de un contrato bilateral, sea que se trate, al margen del campo contractual, de un acto jurídico o antijurídico como el testamento o el delito.*

* Como puede apreciarse, el planteamiento egológico sobre la causa en el Derecho va a adquirir una desconocida amplitud en este trabajo. JUAN FRANCISCO LINARES, que ha tenido la gentileza de leerlo antes de que alcanzara su redacción definitiva, me ha hecho llegar, con su gran autoridad de administrativista, una sugerencia de su especialidad que con verdadero placer hago pública en este momento, por el indudable interés que ella tiene para los estudios. Héla aquí:

“La teoría causalista así como la anticausalista extienden también sus ramificaciones frondosas en la ciencia del derecho administrativo; y difícilmente no encontraríamos que lo hace en la del derecho constitucional y en toda las otras disciplinas del derecho positivo. Pero concretándonos a la ciencia del derecho administrativo diremos que dicha teoría no tiene allí la historia ni el caudal doctrinario que ostenta en la del derecho civil y penal. Salvo en materia de “contratos administrativos”, figura jurídica en las que se habla lisa y llanamente de “causa jurídica” RAFAEL BIELSA: “Principios de derecho administrativo” Ed. del autor Buenos Aires, 1942, p. 97; RECAREDO F. DE VELAZCO: “El acto administrativo” Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 191 y “Los contratos administrativos”. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 92 y salvo en alguno que otro trabajo de “arretista” a fallos marginales y excepcionales de la jurisdicción contenciosoadministrativa como los motivados por los célebres casos “Trendpönd”, del Consejo de Estado francés, en donde el tribunal habla expresamente de “causa”, se oculta el contrabando de la causa con la fórmula “finalidad determinante”. Todo el sistema del contralor jurisdiccional del arbitrio administrativo en vía del recurso por “desviación de poder”, finca precisamente en el uso de la noción de “causa-fin”, pero bajo el rótulo de “finalidad determinante”. Se afirma que si es desviada la “finalidad determinante” de un acto administrativo *discrecional* —pues la teoría no se aplica al menos ostensiblemente al acto reglado— que presente determinados requisitos y entre

En consecuencia, esta entrada al tema por la jusfilosofía se impone. Pero se impone también para en lo demás descartarla totalmente como fuente de soluciones respecto del verdadero problema, pues pocas veces el pensamiento jusfilosófico ha divagado como aquí con tanto alejamiento de la realidad y con tanta ceguera para advertir cuál era la legítima inquietud del jurista en la emergencia. Encontrare-

ellos el mediar la pretensión de un interesado bajo forma de recurso, da fundamento suficiente para que el acto sea anulado jurisdiccionalmente. Y se juzga *desviada* la finalidad cuando es distinta de la que se considera *implícitamente* fijada por la norma que atribuye competencia al órgano administrativo, para esa clase de actos. Así por ejemplo la finalidad implícita de las normas legales que fijan la competencia de la autoridad municipal para acordar, negar o revocar permisos de uso de bienes del dominio público es una finalidad de "policía de seguridad" y por tanto es inválido el acto administrativo que deniega, otorga o revoca un permiso de ese tipo por razones de política fiscal, animosidad personal o espíritu de partido. En ninguna parte transparece con más claridad que en la grandiosa y unitaria construcción de Duguit sobre el acto jurídico privado y público el papel de la "finalidad determinante" pese a la aversión del autor por el uso de la fórmula "causa jurídica" para ese objeto (LEÓN DUGUIT: "Traité de droit constitutionnel" Ed. Fontemoigne, París, 1925-1927, t. I, p. 316, 337, 344; t. II, p. 378, 395). Ni en ninguna oportunidad se advierte tanto la inexcusable necesidad de buscar el sentido del Derecho para comprenderlo y hacerlo inteligible, es decir para interpretarlo, como en ese largo debate entre la tesis que afirma que el contralor jurisdiccional de la "desviación de la finalidad" del acto discrecional es un contralor de *legalidad* y la que sostiene que se trata de un contralor de "moralidad". Y no resulta baldío observar que quienes militan en la teoría que propugna esto último son precisamente los autores que se agrupan en torno al movimiento "institucionalista", *novísima* reencarnación de jusnaturalismo (Renard, Hauriou, Welter, etc.) (HENRI WELTER: "Le contrôle juridictionnel de la moralité administratif" Ed. Sirey, París, 1929, p. 57).

"Al formular la presente sugerencia, no nos hemos detenido a efectuar comprobaciones en el terreno del derecho administrativo con la extensión con que está hecha en el derecho civil y penal, por no ofrecer la doctrina conclusiones fruto de un estudio polémico sistemático y plenamente consciente sobre la "causa jurídica", como las ofrecen aquellas otras dos ramas del Derecho. Pero no resulta arriesgado afirmar, sin perjuicio de ahondamientos posteriores del tema, que lo que se dice con la posición egológica de la transitividad de las normas y la crítica que se formula a la teoría causalista y anticausalista, es de aplicación también en el acto administrativo con modalidades que no hacen a la esencia de la cuestión".

mos, en efecto, a los jusfilósofos que han abordado el tema hablando de una causa carente de causalidad, esto es fabricando un puro verbalismo. Por eso no es de extrañar que el presente análisis de la contribución jusfilosófica a nuestro tema pueda resultar soberanamente aburrido para el jurista. Este sentimiento es la medida de la esterilidad e inutilidad de aquella contribución. Pero es el precio —felizmente pocas páginas— que ha de pagar para no dejar trunca su introducción en algo que él, como jurista, debe percibir bien, a saber, el idéntico sentido íntimo de la oposición entre causalistas y anticausalistas en las diversas ramas de la ciencia del Derecho.

Procede, sí, para una mejor inteligencia de la cuestión, recordarle al jurista el problema lógico de la clasificación tradicional de los juicios, sin lo cual el diálogo filosófico pierde, para el jurista, la voz de uno de sus interlocutores.

El juicio, cuya representación simbólica se presenta con el esquema *S es P* (sujeto es predicado), fue definido por Aristóteles en sus *Analytica Priora*, (I, 1^o, 16), como la sentencia que afirma o niega algo de algo. Sobre esta base, el mismo Aristóteles clasificó los juicios considerando su calidad, su cantidad y su modalidad. Pero la primera generación de sus discípulos agregó un cuarto punto de vista que los clasificaba por su relación.

Por su calidad, los juicios son afirmativos (*S es P*), negativos (*S no es P*) e indefinidos (*S es no-P*). Este último miembro fue introducido por Kant. Como se aprecia, el criterio clasificatorio se radica en la copulación según el signo que ella tome.

Por su cantidad, los juicios son universales (*Todos los S son P*), particulares (*Algunos S son P*) y singulares (*Este S es P*). También aquí el último miembro fue destacado por Kant. Ahora el criterio clasificatorio se radica en el sujeto de la proposición según esté tomado en toda su extensión lógica, en parte de ella o sin extensión.

Por su modalidad, los juicios son apodícticos (*S necesariamente es P*), asertóricos (*S de hecho es P*) y problemáti-

cos (*S probablemente es P*). Aquí el criterio clasificatorio se radica en la cópula y depende del énfasis de verdad que en el verbo ser esté contenido.

Finalmente, por su relación los juicios son categóricos (*S es P*), hipotéticos o condicionales (*Si A es B, entonces S es P*) y disyuntivos. La disyunción puede estar en el sujeto (*R o S es P*), en el predicado (*S es P o Q*) o entre dos proposiciones (*M es N o S es P*). El criterio clasificatorio, que intenciona una pluralidad de juicios, está determinado por la conexión en que ellos se encuentran, pues el caso del juicio categórico resulta ser el del juicio que carece de conexión con otros, lo cual, claro está, presenta así un resultado peculiar de haber inquirido por la conexión entre dos o más juicios.

Esta clasificación de los juicios por su relación es de singular importancia dentro de la moderna teoría de la norma jurídica. De modo especial debe destacarse que la teoría egológica del Derecho ha llamado la atención sobre una privilegiada forma de disyunción proposicional, a saber, aquella en que la segunda variable del primer juicio es lo opuesto contradictorio de la primera variable del segundo juicio. Su esquema viene a ser: *A debe ser B o no-B debe ser C*, llamando *endonorma* a la primera proposición del conjunto y *perinorma* a la segunda. La norma jurídica completa sería la unidad disyuntiva de ambas como un todo, donde la conjunción “o” como una unión que desune según la define la Gramática de la Academia, juega un especial papel.

2) *El Problema en el plano conceptual de las normas*

En el enjambre de deberes que se entrecruzan en la experiencia jurídica, Félix Kaufmann y Fritz Schreier se han encontrado con un raro deber jurídico muy singular. Raro porque subsigue *necesariamente* a otro deber cuando éste no se cumple: es el deber de sentenciar que tiene el juez

hasta imponer, incluso, la pertinente sanción. Es claro que apareciendo este deber como una relación *necesaria* del ordenamiento jurídico, ofrece, por esta calificación, un interés de sobra justificado para llamar la atención del justilósofo.

Y bien, ¿por qué esta consecutividad de deberes en este caso? ¿Cómo explicarla? ¿Cuál es el fundamento de la actualización de ese segundo deber? Dentro del más refinado racionalismo jurídico, tanto Kaufmann como Schreier ven en la norma el objeto a conocer que tiene el jurista. En consecuencia, el problema implicado en estas preguntas no podría escapar del plano normativo y ha de resolverse en una relación de las normas entre sí. Relación, por lo demás, de puro carácter lógico-formal, puesto que si las normas son conceptos no cabe entre los conceptos otra clase de relación que las de la Lógica formal.

La idea de que la norma jurídica es un juicio categórico, implícita en la concepción tradicional, no da margen para ligar, con enlace lógico, unas a continuación de las otras, las normas de un mismo plano normativo, porque el juicio categórico carece de estructura relacionante fuera de su intencionalidad. En consecuencia, esta concepción no suministra la estructura del enlace de una norma con otra en relación de coordinación, ni se hace cargo del correspondiente fenómeno incontrovertible de tránsito dinámico que nos lleva consecutivamente de una situación jurídica a otra como religación, en la experiencia. El juicio categórico, en tanto que estructura cerrada y encerrada en sí misma, coloca aisladas entre sí las múltiples normas, unas al lado de las otras, sin puentes de tránsito; de manera que la actualización sucesiva de “la voluntad del Derecho”, concordaría con las normas con las que debe concordar, no porque siga un camino lógico trazado de antemano que la lleve a ello, sino por algo así como una misteriosa armonía pre-establecida entre norma y realidad. A salvo, naturalmente, que se abandone el racionalismo y, con viraje empirista, se entregue la concatenación de los deberes al juego causal de los

intereses humanos; en cuyo caso queda totalmente oscurecida la relación entre norma y realidad porque no se advierte qué papel le queda por desempeñar a la norma en ese fenómeno, una vez que la realidad de los intereses humanos y su juego causal ha tomado toda la explicación.

La idea kelseniana de que la norma jurídica es un juicio hipotético, permite encarar el problema de la consecutividad lógica de las normas en plano horizontal, porque el planteamiento de una condición como hipótesis para la validez lógica de un segundo juicio, permite utilizar a esa condición como puente de unión con un primer juicio siempre que lo contradictorio lógico de esa condición sea el contenido del primer juicio. Siendo tal la relación entre transgresión y prestación, se ha dado con una relación puramente lógica para ligar dos juicios diferentes. De esta manera, dos juicios de deber diferentes (el que versa sobre la prestación y el que versa sobre la sanción) se encuentran entre sí ligados por el eslabón de la transgresión, que excede del primero en relación contradictoria (relación de pura lógica formal) y que excede del segundo en relación condicional (también relación de pura lógica formal). El Derecho se actualiza, así, en deberes consecutivos enlazados en sucesión de acuerdo a un camino lógico trazado con aprioridad. Tal es la transitividad de las normas a que alude Schreier¹ y que Kaufmann, con mayor detenimiento, analiza en cuanto sucesión de deberes jurídicos: "Un sujeto A debe actualizar una conducta V¹; si no hace esto, debe tener lugar respecto de él, una conducta V² por otro sujeto".²

Sin embargo, no está claro en estos autores cuál de los principios lógicos, si el de contradicción o el de tercero excluido, es el que establece la relación entre el juicio hipotético

¹ FRITZ SCHREIER, *Conceptos y Formas fundamentales del Derecho*, págs. 114, 162, 167, 241, 243 y 244. (Buenos Aires, 1942, Losada S. A.).

² FÉLIX KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaft*, p. 91, (Tübingen, 1922, Mohr) y *Die Kriterien des Rechts*, p. 71, (Tübingen, 1924, Mohr). Hay traducción privada del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, efectuada por el profesor Otto E. Langfelder.

tético y el juicio que lo precede como prestación. Aquí, la teoría egológica, con su idea de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo, ha precisado los términos reajustando el problema y ha señalado que es el principio del tercero excluido el que cumple esta función, porque no se trata de afirmar los dos deberes así relacionados, sino de que los dos no pueden ser negados. Kaufmann cree, en efecto, que con el modo de la conjunción *y*, es como el deber del juez subsigue al no cumplido deber antecedente: debe ser cierta conducta del súbdito, *y* si esto no ocurre, debe ser la conducta del juez. En cambio, la estructura disyuntiva de la norma, que suministra la teoría egológica, muestra que la sucesión de deberes se efectúa con el modo de la conjunción *o*, desde que la relación del opuesto contradictorio que existe entre prestación y transgresión viene para afirmar a alguno de aquéllos: debe ser cierta conducta del súbdito, *o* si no es, debe ser la conducta del juez. No se trata aquí de una sutileza verbal por la *y* o por la *o*, pues cada conjunción expresa una diversa clase de relación; y esto no es indiferente para saber con cuál se describe de verdad la experiencia jurídica.

En tal sentido ha de tenerse en cuenta que la apodíctica subsecuencia del deber del juez únicamente se explica con la conjunción *o* porque ella traduce el principio lógico del tercero excluido en disyunción contradictoria. La conjunción *y* presenta las normas, cada una como un sentido independiente (sin duda adicionados entre sí; y esto es algo más que la simple yuxtaposición), de modo que la unidad del conjunto resulta contingente, pudiéndose hablar con todo rigor de dos normas externamente ligadas. Esto lo vemos muy bien en las obligaciones recíprocas de un contrato bilateral (por ej.: el comprador debe hacer tal cosa *y* el vendedor debe hacer tal otra), donde no sólo salta a la vista la contingencia o independencia de las prestaciones entre sí, en cuanto el ser de la una no contribuye a constituir el ser de la otra, *y* viceversa, sino que también tiene igual evidencia la destrucción total de estas figuras jurídicas (la compraventa, por ejemplo), por el sinsentido que implica, si se sustituyera aquí la conjunción *y* por la conjun-

ción o: el comprador debe hacer tal cosa o el vendedor debe hacer tal otra.

En cambio, la conjunción o presenta las dos normaciones (la del súbdito y la del juez) en forma de sentidos no independientes cada una y, en rigor, compenetrados internamente (en cuanto el ser de la una contribuye aquí a constituir el ser de la otra y viceversa). Esto se debe al ligamen lógico-formal que entre ellas pone el principio del tercero excluido; por esto el deber del juez subsigue *necesariamente* al incumplimiento de un otro deber; y por eso la unidad del conjunto de estas dos normaciones no es contingente, pues ambas pertenecen al sentido único de una sola totalidad sucesiva *coexistencial*.

El planteo precedente basta para contraponer la tesis egológica a la tesis de Kaufman y Schreier en el plano lógico-normativo en que estos autores se radican. Pero la tesis egológica es más sustanciosa y tiene otras proyecciones. La irá viendo el lector al percatarse que la disyuntividad egológica se corresponde —y en ella se sostiene— con la alternativa ontológica de la libertad (cumplimiento o incumplimiento de su deber jurídico por alguien); que por esto el esquema disyuntivo de la norma jurídica completa constituye, para la egología, una sola significación o concepto único integrado por dos miembros (endonorma y perinorma) referidos a la conducta de una misma persona; que la disyunción con el deber judicial que hemos estado glosando proviene de aquella alternativa ontológica y de ella le es transferida merced a la superposición parcial de la perinorma de una primera norma con la endonorma de una segunda norma; que esta superposición lógica se justifica para el conocimiento por la coexistencia de ambas conductas como conducta compartida en una misma y única totalidad sucesiva de índole coexistencial, etc.

Resumamos y aclaremos:

1º) Que encontramos deberes consecutivos de dos clases en el ordenamiento jurídico. Unos de consecutividad necesaria, ligados por la conjunción o en disyunción proposicional (caso del juez) y otros de consecutividad contingente ligados por la conjunción y (caso de los contratos bilate-

rales) o por la conjunción o en disyunción subjetiva o predicativa (caso de las obligaciones con alternativa en el sujeto o en la prestación) o simplemente proposicional (que es lo más frecuente) donde la conjunción o no expresa ningún principio lógico supremo. Esto significa que la estructura lógica de la consecutividad de las prestaciones es *a-priori* en aquel caso y *a-posteriori* en los otros, en cuanto que las prestaciones consecutivas del primer caso constituyen, enlazadas, una sola y única significación porque su enlace es el del principio lógico del tercero excluido ontológicamente inherente en esa significación, mientras que las prestaciones consecutivas de los otros casos constituyen sendas significaciones independientes, entre sí sólo adicionadas o enlazadas con el valor lógico que a cualquier norma le da el ordenamiento jurídico como estructura de totalización válida para todas ellas.

2º) Que Kaufmann, cuyo intento es explicar la consecutividad de los deberes o prestaciones por su total reducción a la consecutividad de las normas, sólo pone atención en los de consecutividad necesaria y deja de lado los de consecutividad contingente. La consecutividad contingente aparece en la experiencia no sólo antes y después de la consecutividad necesaria, sino que también adentro de ésta, concretándole su contenido; así, es normativamente necesario que el juez dicte sentencia, pero es contingente cómo será ella. Esta magnitud del campo de la consecutividad contingente pone de relieve cuán trunco deja al problema el análisis de Kaufmann.

3º) Que no obstante la diferencia estructural de que en un caso la consecutividad sea *a-priori* respecto del establecimiento de las prestaciones y en el otro *a-posteriori*, esta diferencia no restringe el ámbito del problema, siendo nuestro problema igual en ambos casos, porque en ambos casos las prestaciones quedan normadas. Es decir, que en ambos casos tenemos norma y conducta, de modo que por igual cabría averiguar si la consecutividad de las conductas se reduce totalmente a la consecutividad de las normas, como quiere el racionalismo. O para decirlo todavía de otra manera: que, siendo la norma un concepto, en ambos casos el concepto ha llevado su propio problema lógico-deductivo a

las prestaciones, con lo cual se plantea siempre la cuestión de saber si la consecutividad real de las prestaciones se puede deducir de la consecutividad pensada que quepa entre las normas.

3) *La crisis del racionalismo en nuestro problema*

Sobre esta base se podrá advertir, en lo que sigue, la doble diferencia que separa a la concepción de la consecutividad de las normas que ofrece la teoría egológica y la que, ya presentada en el precedente capítulo, sobre base kelseniana, da Kaufmann.

Por un lado, Kaufmann,³ a quien se le escapa la conjunción o (su presencia, su sustantividad en cuanto concepto jurídico fundamental y su papel), y, con ella, la sanción en el sentido propio e irreductible con que ha sido definida por la teoría egológica,⁴ se ocupa directamente del deber del súbdito (prestación) y del deber del juez, que también es prestación según ya dijimos. Considera, sin duda, dos normas: una que representa la conducta del súbdito y otra que representa la conducta del juez. Pero con ello nos vie-

³ Kaufmann, es verdad, omite toda conjunción cuando enuncia esquemáticamente su fórmula de la consecutividad (como puede apreciarse en la transcripción que hicimos más arriba, en el texto). Pero en la nota, 3, página 91, del primero de sus libros citados, explayándose sobre su fórmula, expresamente dice que "la proposición jurídica no presenta ninguna disyunción". De ahí que reprocháramos a Sebastián Soler cuando atribuyó a Kaufmann esta conquista de la teoría egológica (Ver *La Teoría egológica del Derecho*, p. 663 y sgts., Buenos Aires, 1964, ed. Abeledo-Perrot).

⁴ "Por sanción ha de entenderse la vida real efectiva del hombre sobre que recae el acto de fuerza condicionado, en cuanto este acto de fuerza pasa a ser parte de aquella vida. La sanción no es el acto de fuerza en sí y por aparte; no era sanción de ninguna especie la azotaina que Jerjes hizo dar a las aguas del Helesponto... Notoriamente el acto del Juez es su deber jurídico de funcionario; tampoco es la sanción"; se lee en nuestra monografía *Norma, Derecho y Filosofía*, cap. 14 (ver el volumen N° 3 de esta colección). En el mismo sentido en nuestra obra *La Teoría egológica del Derecho*, págs. 678 y 683 a 686 de la citada edición de Abeledo-Perrot, 1964, y en MARIO ALBERTO COPELLO, *La Sanción y el Premio en el Derecho* (Buenos Aires, 1965, 2a. edición, Abeledo-Perrot).

ne a decir únicamente que el deber del juez subsigue al deber incumplido del súbdito *porque* la normatividad jurídica, en tanto que estructura lógica, *es* así. En lo cual se desliza una hipóstasis, porque, en el plano conceptual del cual no tendríamos que salir si el Derecho fuese la norma, *el sentido* que se realiza en ese tránsito de una norma a otra, no es un humano sentido axiológico, sino sólo es el de una estructura lógica de las normas; y no se comprende cómo la mera idealidad lógica pueda tener esta virtud operante sobre esa realidad humana que es la conducta jurídica cumplida, después de no haberla tenido con motivo de la primera norma.

He aquí, pues, nuestra primera diferencia con Kaufmann: Este autor entiende que explica la sucesión de las prestaciones —que son hechos de la realidad— por la consecutividad de las normas —que, como conceptos que son, son entes de la idealidad—. Su hipóstasis consiste en este traspaso de lo que es ideal, a la existencia fenoménica, para lo cual no puede dejar de sobreentenderse alguna tan vaga cuanto ilegítima relación de producción entre norma y realidad y, *además, de causación entre norma y norma*,⁵ ya que ligadas causalmente como hechos de la experiencia física aparecen las prestaciones que serían el reflejo normativo de una relación de normas en la realidad. El racionalismo aquí se encuentra también pre-temáticamente cruzado, como el empirismo, por un magno problema del que hasta ahora la teoría egológica es la única exposición existencial existente en la literatura jurídica, a saber: el de la relación entre norma y experiencia. Sólo que, a diferencia del empirismo, donde no se advierte qué papel le queda por desempeñar a la norma en el fenómeno de la consecutividad de los deberes, una vez que éstos han sido entregados constitutivamente al juego causal de los intereses humanos, el racionalismo, al revés, apurado por la realidad a la que no puede menos que dirigirse, busca tender un puente subalternamente causal desde el plano ideal de las normas al plano real de

⁵ Así habla Schreier de una “ley de causalidad jurídica” y de una “ley jurídica de la conservación de la energía”, en las págs. 146 y 244 de su obra antes citada. A esto hemos aludido al decir más arriba que se nos habla de causas carentes de causalidad.

la experiencia, porque la realidad natural no admite otra clase de puente que el de la causalidad.

En este punto, la teoría egológica tiene que recordar, con Ramspeger, que "la necesidad de las relaciones dentro de un sistema formal no debe ser confundida con una necesidad de conexiones entre los hechos de la Naturaleza".⁶ Ramspeger se refiere a los hechos de la realidad natural; pero como hoy bien se sabe ya, lo mismo vale para toda realidad; por lo tanto, igual cosa ha de decirse para una realidad cultural y humana como la jurídica.

De ahí que quitando su hipóstasis a la tesis de Kaufmann de que el deber del juez subsigue al deber incumplido del súbdito *porque* la normatividad jurídica, en tanto que estructura lógica, es así; es decir, quitando a este *porque* y a este es todo sentido de causación de una norma por otra y de producción de la realidad por las normas, la tesis de Kaufmann se empobrece tanto en su pretensión de explicar por qué un deber jurídico subsigue a otro deber, que más que explicar este fenómeno se limita simplemente a presentarlo.

Cualquiera sea la estructura lógica con que se presente el enlace de dos normas consecutivas, para no cometer hipóstasis sólo ha de verse en ello respecto de la existencia allí en juego, la conceptualización adecuada que acompaña al tránsito desde el deber de una persona hasta el deber de otra persona; pero nunca la razón de ser inmanente del tránsito mismo. En resumidas cuentas, esto significa, con toda precisión, que, para la teoría egológica, la estructura lógico-formal de la consecutividad de los deberes jurídicos nos aclara del todo únicamente *cómo* y *cuándo* es la sucesión de los deberes, pero aclara sólo en apariencia —en cuanto que en los conceptos verdaderos se contiene un uso instrumental—, *cuáles* son los deberes y *por qué* precisamente éste y no aquel deber subsigue a uno precedente, que es el problema principal y al cual dentro de poco llegaremos.⁷

⁶ ALBERT G RAMSPEGER, *Sistemas filosóficos de la Ciencia*, pág. 90, (Buenos Aires, 1946, Ed. Claridad).

⁷ Como esta fórmula tiene que repetirse y explicarse muchas veces a lo largo del presente trabajo, deseamos aclarar de entrada lo siguiente, para que se tenga en cuenta cada vez que se la encuentre:

La norma expresada mienta conceptualmente la conducta, que es

Esto es así porque el *cómo* y el *cuándo* de la consecutividad de los deberes son notas funcionales en la sucesión de ellos que la norma constituye como relaciones de estructura al ser la norma misma la estructura imputativa del caso; en tanto que *cuáles* son aquellos deberes y *por qué* precisamente uno y no otro subsigue al que precede en esa sucesión, son las notas sustanciales de esa misma funcionalidad, las que, siendo los términos relacionados, aluden a la existencia de los deberes, sea como mera presencia, sea por la promoción a existencia que los trae a presencia. Las notas sustanciales, según se verá, son notas de existencia que derivan directamente de la vida asociada en cuanto que coexistencia; va en ellas algo del ser del Derecho. En las notas funcionales solamente va algo de sus modos de ser. Todo esto resulta obvio en cuanto que en toda estructura como relación, procede distinguir como cosas entre sí irreducibles, por una parte, los términos relacionados, y por la

una estructura de substrato y sentido. Por lo tanto, mienta también el sentido de la conducta que en ella se hubiere encontrado. Este sentido resulta ser, pues, un sentido mentado; no un sentido libremente emocional, como en el arte, sino un sentido conceptualmente emocional en el derecho legislado o usualmente emocional en el derecho consuetudinario.

En este contexto, "sentido mentado" significa un sentido pensado como proyecto de conducta aun antes de haberse ésta realizado, puesto que la mención mienta una posibilidad real de ella. Un sentido pensado como proyecto es, claro está, un sentido proyectado, tanto como programa biográfico por estar anticipado cuanto como estampación situacional por estar arrojado en su mundo circundante. Y un sentido proyectado no es nada diferente del proyecto mismo con que la conducta se presenta y actualiza en el tiempo existencial.

Aquí hemos de tener presente que, según una hoy difundida demostración egológica, este sentido pensado es, como pensamiento, un pensamiento normativo; y que este pensamiento como *cogitatum* de un jurista, si fuese verdadero, reproduce el pensamiento actuante que se da como *proyecto* en la propia conducta mentada por aquel *cogitatum*. Por esta razón se puede decir indistintamente que la conducta se integra con el pensamiento normativo de sí misma o que la propia mención de una conducta jurídica que eleva ese pensamiento a conocimiento, está formando parte de la conducta mentada. (Ver el ensayo *La norma y el Imperativo*, cuaderno N° 3 de esta colección).

Al comprender jurídicamente la conducta para conocerla es necesario, claro está, vivenciar emocionalmente su sentido en cuanto que él se constituye sobre una valoración de justicia; pero hay que vivenciarlo tal como es (es decir, como sentido mentado y no en forma libremente

otra, la relación en que ellos estuvieren. La lógica maneja lo primero por abstracción y especificación, en tanto que a lo segundo por formalización y desformalización.

Ahora bien; cuando el contenido dogmático de la norma legal es un facultamiento, resulta particularmente visible que el deber consecutivo se constituye por vía empírico-dialéctica sobre las circunstancias dadas directamente por la experiencia, buscando de establecer el sentido inmanente del caso en ella en juego. Tal así la pena precisa que fija el juez penal dentro de la escala legal; o la elección de uno entre varios parientes para discernir la tutela de un menor huérfano.

Dentro del área de la experiencia jurídica egológicamente definida, hay institutos tradicionalmente relevantes y elocuentes que recurren, en forma directa, al inmanente sentido jurídico de la conducta en interferencia intersubjetiva —lo cual es posible, claro está, sólo porque una conducta sin valor ontológicamente no puede ser—. Dentro del área perinormativa, el ejemplo más contundente es el delito criminal cuya definición hoy más difundida comienza por reconocerlo como siendo un tramo de conducta (acción humana), pero cuya existencia tiene que ser admitida y comprendida —ambas cosas— *ab initio* y *ab intra*. Y dentro del área endonormativa acaso no haya un ejemplo más

emocional ni en ninguna otra forma también específicamente diferenciada).

Por otra parte, de todo esto resulta que la consecutividad apodíctica del deber judicial de sentenciar es la menos interesante para la ciencia jurídica, puesto que como un vacío deber de hacerlo se explica totalmente por la estructura disyuntiva de la norma jurídica, siempre que se advierta que en esta estructura lógica la conjunción o expresa también el principio del tercero excluido. Las normas no son el algo que resuelve el problema de los juristas; apenas son el algo que lo expresa. Por eso la consecutividad contingente de los deberes jurídicos, que Kaufmann y Schreier dejan en el tintero, es la verdaderamente interesante como problema de la ciencia normativa del Derecho que la jusfilosofía puede iluminar en su razón de ser. El interés de los civilistas está cabalmente en lo que aquellos filósofos descartan, a saber, en la consecutividad contingente de los deberes; cosa que el papel constitutivo de las normas —limitado a los modos de ser del Derecho pero ajeno al ser del Derecho— no explica. Por eso también no les preocupa la consecutividad del deber judicial como un vacío deber de sentenciar que, por apodíctica, os obvia.

significativo que el que el art. 218, inciso 4º del Código de Comercio argentino expresa así, estando reconocido por una jurisprudencia unánime que su valor es el valor de un principio general de nuestro derecho positivo: "Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato". De la misma manera puede recordarse la prueba de un acto simulado de que pueden valerse los terceros, destinada a destruir la norma individual aparentemente instituida por los participantes de un acto jurídico: aquí se recurre al sentido jurídico inmanente de la conducta de éstos, para establecer la verdadera verdad jurídica en juego; recurso a los hechos de conducta al que sería inútil echar mano frente a la norma aparente consagrada voluntariamente por los participantes, si aquéllos hechos no contuvieran ellos mismos ese auténtico y originario sentido jurídico inmanente que habrá de ser exhibido precisamente como la verdad jurídica del caso. En todo esto se ve a la valoración empírica del juez determinar por comprensión *cuáles* son los deberes y en ella se funda, también por comprensión, *por qué* el deber consecutivo subsigue a veces al deber antecedente y, otras veces, al deber incumplido.

Nada diferente ocurre, en última instancia, cuando los deberes judiciales están reglados. A primera vista, sin duda, el *cuál* y el *por qué* de uno cualquiera de ellos aparecen derivados de la ley mediante un proceso deductivo. Sin embargo esta apariencia no es decisiva; tal deducción es asertórica y no apodíctica porque la propia y previa aceptación judicial para un caso de la ley que a éste lo menciona, reposa a su vez, dicha aceptación, en un proceso también empírico-dialéctico de comprensión que inyecta un carácter asertórico en la subsiguiente deducción en cuanto que en semejante aceptación se contiene el punto de partida de la referida deducción.

Sin necesidad de recordar el caso obvio que la doctrina civil teoriza como acto jurídico inexistente, podemos referirnos a la experiencia judicial cotidiana donde se opere alguna restricción, alguna extensión o alguna univocación de un concepto normativo general; y también, claro está, a los casos llamados de aplicación lisa y llana de la ley. En

todas estas variantes, el fenómeno jurídico se soporta sobre la libre elección por parte del juez, promovida sólo axiológicamente por la experiencia, de una circunstancia integrante del caso que permite comprenderlo en su sentido de conjunto como desde una perspectiva privilegiada para interpretarlo con acierto. En función de esta circunstancia arcónica como límite, se restringe o se amplía un concepto normativo de carácter general o se lo hace jurídicamente unívoco si gramaticalmente fuere ambiguo, en las hipótesis de que la circunstancia que resulta arcónica para la comprensión judicial, no estuviere ya nombrada o imputada —esto es, mencionada— por la ley. Que si esa circunstancia, siempre libremente elegida por el juez sobre base axiológica en cuanto que apta para comprender el caso, resultase también ya nombrada o imputada por la norma general, entonces esta coincidencia entre la comprensión judicial y la expresión legal nos permite, como consecuencia, ver al juez efectuar una aplicación lisa y llana de la ley.^{7bis} La mención, por parte de la ley, de la circunstancia arcónica, determina una aplicación lisa y llana de la norma legal; pero esto no oculta que el carácter arcónico con que dicha circunstancia juega, sea algo puesto por el juez como comprensión del caso, ya que en ello el juez es el sujeto cognoscente de lo que allí mismo hubiere por conocer.

Sobre la base así esbozada de que basta la norma jurídica para aclarar *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes jurídicos, pero que de ninguna manera la imputación normativa aclara de por sí *cuáles* son esos deberes y *por qué* es éste y no otro el que ha de venir después en la sucesión, sobre esta base, decía, será fácil dar un punto de partida a

^{7 bis} Para más detalles sobre esta cuestión ver Coszío, *Teoría de la Verdad jurídica*, págs. 185 y sgts. y 192 y sgts., (Buenos Aires, 1954, ed. Losada S.A.); y Coszío, *Impugnación egológica de la Escuela del Derecho libre*, en revista "La Ley", t. 115, Buenos Aires, 1964.

Para las diferentes clases de verdades que pueden encontrarse en una sentencia judicial (verdades empírico-dialécticas, deductivo-aserterias y deductivo-apodicticas), ver Coszío, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, págs. 166 a 167, 2º ed., (Buenos Aires, 1964, ed. Abeledo-Perrot), y, con más detalles, en Coszío, *El Derecho en el Derecho judicial*, 3º ed., págs. 111 a 112 y 148 a 171, (Buenos Aires, 1967, ed. Abeledo-Perrot).

la tesis egológica relativa al problema de la causa en el Derecho. Para reflotar este problema no se necesita otra cosa que advertir cómo Kaufmann se lo ha ocultado a sí mismo al haberse constreñido a la rara consecutividad del deber judicial, atraído por su carácter apodíctico. De no mediar esta menoscabadora restricción, Kaufmann habría tenido por fuerza que encontrarse cara a cara con los esfuerzos de la doctrina civilista de la causa. En efecto. Ya hemos explicado por qué la consecutividad del deber judicial es lógicamente necesaria. Pero esta diferencia específica de esta consecutividad, no es ninguna razón para no estudiar por qué un deber subsigue a otro deber, cuando se trata de deberes simplemente adicionados. También los deberes que están normados contingentemente, como en los contratos bilaterales por ejemplo, reclaman que expliquemos su consecutividad; precisamente los civilistas han estado en esta tarea.

Enfocado el problema con esta amplitud, se hace, claro está, totalmente patente lo siguiente: La estructura lógica de la consecutividad, hemos dicho, aclara sólo cómo y cuándo se suceden los deberes. Pero si este cómo y este cuándo son a-priori en el caso del juez y a-posteriori en los demás casos, entonces por fuerza, en estos últimos, hay que renunciar a determinar por anticipado, mediante la estructura lógica de su ligamen, cuáles serán los deberes ligados y por qué éste y no aquél deber subsigue a un otro. Sólo que Kaufmann, incrustado en el plano de las normas y con referencia a estos deberes de consecutividad contingente, habría abrazado el partido del anti-causalismo que es la actitud racionalista. Pero la pregunta por cuáles sean los deberes y por qué éste y no aquél subsigue a un otro, no por aquello deja de permanecer en pie en la órbita de los deberes contingentes: sólo que, podada de toda respuesta puramente lógica, como hemos destacado, habría de buscársele una respuesta causal, que es la actitud empirista.

4) El mensaje de la tesis egológica

Todavía es prematuro proclamar la solución egológica de *ni causalismo ni anti-causalismo sino hermenéutica existencial*, anticipando que aquel *por qué* tiene un sentido que no es causal en ninguna de las acepciones que a esta palabra se le otorga desde la época de Aristóteles. Esta posibilidad queda sugerida advirtiendo que este *por qué* es un *porque sí*, y que en el *sí* de esta afirmación se despliega egológicamente el propio sujeto como *autor* en la inteligibilidad de su situación existencial. Los penalistas han dicho, con razón, que ser autor no es lo mismo que ser causa; pero no han hecho nada para aclarar esta diferencia.

Pero todo esto es prematuro. Por ahora, más importante para centrar la unidad temática con que la teoría egológica afronta este problema, es destacar el grado de conciencia que ella tiene sobre el mismo. Volviendo sobre nuestra idea de que la estructura lógica de la consecutividad aclara únicamente *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes, pero insistiendo ahora en que ambas cosas son a-priori en el caso del juez, podría creerse, con Kaufmann, que al menos en estos casos cabe la determinación puramente lógica de cuáles son los deberes y de por qué éste y no aquél deber subsigue a un otro deber; es decir, podría creerse que el *cómo* explica los *cuáles* y el *por qué*. Pero no podemos olvidar que el deber con apodíctica consecutividad del juez, también es experiencia jurídica y ya hemos destacado la insalvable dificultad que la experiencia opone al racionalismo jurídico, en cuanto la experiencia es algo más que el mero pensamiento. Aceptar la creencia que estamos considerando, implicaría abandonar la actitud egológica en estos casos y aprobar para ellos el racionalismo. Pero esto nos es imposible porque en ningún caso el racionalismo es suficiente como teoría de la experiencia. La teoría egológica puede defender la unidad de su punto de vista, no por un huerro empeño de fidelidad sistemática, sino, al revés, porque su punto de vista da cumplida cuenta de la experiencia jurídica también en estos casos.

En efecto, cuando la teoría egológica, generalizando el problema, señala que no está en juego solamente la prestación consecutiva del juez sino que también lo están las pres-

taciones normadas contingentemente, no olvida que la apodíctica subsecuencia de la prestación del juez se funda y se funde en la estructura disyuntiva de la norma jurídica. Pero agrega, aleccionada por Kant, que esa prestación del juez no se explica sólo por esta disyuntividad de la norma. Dentro de la forma lógica, el elemento empírico (en nuestro caso, de experiencia cultural) tiene fueros irremplazables e intransferibles como criterio de la verdad. Y en este sentido el problema es el mismo para la prestación de consecutividad apodíctica que para las prestaciones de consecutividad contingente. Así como la explicación de aquélla, igual que la de las segundas, algo tomará de la intuición de la conducta porque no bastará la disyuntividad de la norma para explicarla totalmente, así también ha de recalcarse que las segundas, aunque a-posteriori, están tan normadas como la primera; con lo cual se comprende que tienen dentro de casa la estructura lógica de la normatividad planteándoles exigencias de la misma naturaleza formal para la verdad, que las que la disyuntividad plantea específicamente a la prestación del juez por el aditamento inmanente del principio del tercero excluido.

En el conocimiento tenemos que distinguir entre el criterio negativo y el criterio positivo de la verdad, aunque él se constituya por la obra conjunta de ambos criterios sin que el uno pueda reemplazar al otro. Para realizar tal conjunción sólo es menester que cada uno sepa ocupar su lugar. La lógica jurídica formal tiene que darnos el criterio negativo de la consecutividad de los deberes; y ello porque cualquier representación intelectual, siendo pensamiento, para poder valer como tal, tiene que comenzar por ajustarse a las leyes del propio pensamiento que le da ser. Pero la lógica jurídica trascendental tiene que desplegarse computando la naturaleza del vínculo real que une a estos deberes; no la naturaleza del vínculo de su representación, porque esto sería confundirla con la lógica formal.

5) *Remisión*

Todavía tendríamos que señalar la segunda diferencia que separa a la concepción de la consecutividad de las normas que ofrece la teoría egológica, de la que presenta Félix Kaufmann. Pero ello tiene que quedar postergado para mucho más adelante, por las razones que se comprenderán a su tiempo. Ahora estamos ya inmersos en un conjunto de problemas cuya solución nos apura y sin la cual solución aquella segunda diferencia no podría ser afrontada.

Entre estos problemas, fácil es presentirlo, está ya casi a flor de piel el de la causa en el Derecho, que motiva de modo tan principal un aspecto del presente trabajo. Entretenemos en él repitiendo previamente, con propósitos de claridad, algunos de los conceptos ya logrados y avanzando en otros un poco la precisión de su significado como traducción de nuestro pensamiento.

6) *El problema en el plano vital de la existencia.* *Un ejemplo civilista*

Será nuestro hilo conductor para entrar en materia, la actitud civilista porque ésta se implanta sobre la endonorma. Dejando a un lado los matices diferenciales de autor a autor, esta actitud se define, en el anticausalismo civil (racionalismo), bajo la idea de que una vez dado y verificado el hecho que condiciona, según la norma, la exigencia de un deber jurídico, el jurista o el órgano pueden determinar lo que debe ser mediante el exclusivo empleo de la norma como razón de ser, ya que las representaciones conceptuales expresadas por ésta contendrían exhaustivamente los detalles de aquella determinación: Aquí, pues, el jurista sostiene que la norma es la única "causa" de la determinación de lo que debe ser, que él, como jurista, puntualiza.

Frente a esto el causalismo civil (empirismo) se define bajo la idea de que una vez dado y verificado el hecho que según la norma condiciona la exigencia de un deber jurídico, todavía el jurista o el órgano no pueden determinar lo que debe ser mediante aquel exclusivo empleo de la norma, pues falta para ello como integración de la razón de

ser, un elemento empírico que se radica adentro del hecho que debe ser y que a éste lo presenta causativamente producido por otro hecho que explica su existencia: Aquí el jurista reconoce, además de la norma, una relación real como causa de la determinación de lo que debe ser, que él, como jurista, asimismo puntualiza.

Digamos ahora que la estructura lógico-formal de la consecutividad de los deberes jurídicos (v. g., el del súbdito obligado y, en su defecto, el del juez que sentencia) nos aclara del todo únicamente *cómo* y *cuándo* es la sucesión de los deberes en el ordenamiento; pero aclara sólo en parte —en cuanto la norma misma integra como proyecto la conducta normada—, *cuáles* son los deberes y *por qué* precisamente éste y no aquél deber subsigue al primero. Esto último no es un nexo lógico de los conceptos, sino un dato de existencia sin el cual la norma no tendría vigencia. Y si bien el científico recoge simplemente estos datos en cuanto que son dados por la experiencia y liga su representación de aquella manera, la lógica jurídica trascendental tiene que aclarar la naturaleza del vínculo real que une estos deberes al determinarse como tales y cuáles, para poder juzgar, en un caso concreto, si el científico nos teoriza ese caso con acierto científico. Solamente suponiendo, como hace el racionalismo con error, que las normas son el objeto a conocer, solamente así podría creerse que el nexo lógico de la consecutividad de las normas es la total razón suficiente de la sucesión real de los deberes jurídicos y no solamente la elucidación del *cómo* y *cuándo* ellos se suceden.

Para la teoría egológica ese tránsito lógico de una norma a otra, sólo da acabadamente un criterio negativo de verdad que sirve para ensamblar horizontalmente la sucesión de los deberes en el sistema total del ordenamiento jurídico; pero no da sino en parte —en cuanto la norma integra como proyecto la conducta—, el criterio positivo de verdad que nos hace *inteligible* la sucesión de deberes enunciada en las normas. Cualquiera sea la estructura lógica con que se presente el enlace de dos normas consecutivas, la teoría egológica sólo ve en ello la conceptualización adecuada que acompaña al tránsito real desde el deber de una persona hasta el deber de otra persona; pero nunca la razón de ser inmanente del tránsito mismo que hace inteligible el trán-

sito. Conceptuación, aquélla, adecuada para ensamblar un tránsito de deberes en el sistema del ordenamiento, y adecuada, también, aunque parcialmente, para la constitución de los deberes mismos en cuanto que la norma como proyecto integra la conducta proyectada; pero que desde un punto de vista realista no excusa prescindir de la conducta como fenómeno de sentido, ya que se trata siempre de comprender el sentido de este fenómeno y, con esto, este fenómeno como un sentido.

Pues aun en la hipótesis extrema de creer que el pensamiento normativo es el único elemento constitutivo del fenómeno de conducta, aun así esto no significa, como cree el racionalismo, que el dato a conocer es la norma en su idealidad conceptual; sino que siempre el dato sería la conducta y donde la norma, como expresión de un deber, además de ser su mención, sería también al menos todo su sentido. Con lo cual se comprende que, aun así, esta norma realizada ha de tener en la realidad la razón suficiente de su tránsito a otro deber y no el mero ligamen lógico con otra norma que a ambas las considerase sólo en tanto que menciones, pero no en tanto que sentidos realizados. No hay que olvidar en esto el doble papel que asume la norma en el objeto egológico: mención de un acto y de su sentido y, al propio tiempo, integración de este sentido porque este sentido es un sentido mentado y no puramente emocional. Por un lado es el concepto que mienta la conducta como tal; y en esta función hay un enlace lógico entre las normas, que, como criterio negativo de verdad, sólo nos dice *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes en el ordenamiento. Pero por otro lado, en cuanto este concepto integra la propia conducta, ya el criterio positivo de verdad lo suministra la experiencia y aquí no hay para qué referirse al enlace lógico de las normas, sino a la sucesión real de los deberes determinados como tales y cuales por el sentido unitario que los liga y el cual sentido sólo en parte está constituido por la normación, porque él es un dato empírico de la vida histórica: la norma misma aquí es vista también como producto de la vida histórica, sin que esto signifique que ella es todo lo que da la vida histórica respecto del dato que se considera porque la vida pone también sus intereses, sus apetitos, sus aspiraciones, sus tradi-

ciones, su circunstancia, etc. y no sólo sus menciones. Como el racionalismo jurídico cree que las normas son el objeto de conocimiento y no la conducta, sólo ejercita el primer enfoque y no puede ver más que el enlace lógico de las normas; pero por esto mismo hipostatiza, pues en esa "realidad ideal" de las normas —que no es la realidad auténtica de la conducta— lo que es la estructura de enlace entre dos normas que sólo aclara *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes, aparece como la causa de la sucesión de los deberes que habría de hacer inteligible su ligamen.

Sin embargo, nada cuesta ver que con la mera normación no se hace del todo inteligible una situación jurídica que tenga el carácter de fenómeno en la experiencia jurídica. Recordemos a este respecto cuánta razón asiste a Schapp cuando escribe: "Ahora bien, el contrato racional bilateral consiste en traspasar algo del mundo de los valores de alguien al mundo de los valores de otra persona, y viceversa. Sin relación a un mundo de valores, el contrato bilateral no tiene sentido alguno. Esta relación puede estar oculta para un tercero; mas, para los contratantes, ha de existir de algún modo. Un contrato bilateral cuyo contenido fuera: yo voy a Nueva York si tú vas a Jerusalén, sería completamente ininteligible para un tercero, porque a simple vista falta toda relación entre el viaje del uno y el mundo de los valores del otro. Pero, si no obstante, existe esa relación, puede darse un contrato bilateral. En todo caso yo casi no puedo imaginarme que tal relación exista" (en aquel ejemplo).⁸

Analizando este ejemplo por nuestra cuenta veamos lo que nos enseña. En primer lugar, es indudable que estas obligaciones de viajar a Nueva York y a Jerusalén *pueden* estructurarse normativamente por un contrato; es lo que ocurre en nuestro ejemplo. Si nosotros nos preguntamos *cuándo* y *cómo* se suceden estas obligaciones, nos basta, para contestar, recurrir a la normación del contrato, es decir, que primero tienes que haber ido tú a Jerusalén para que entonces sea obligatorio mi viaje a Nueva York, y no a la inversa porque la obligación no resulta reversible. Y así

⁸ WILHELM SCHAPP, *La nueva Ciencia del Derecho*, p. 39. (Madrid, 1931, Ed. Revista de Occidente).



también, en caso de incumplimiento, la normación establecida por el ordenamiento jurídico nos diría *cuándo* y *cómo* entra en sucesión un nuevo deber, por ejemplo el del juez que resolviera la reclamación por daños y perjuicios.

Pero si en vez de dirigirnos a averiguar cómo y cuándo se suceden las obligaciones de ir a Nueva York y a Jerusalén, buscamos que se nos haga inteligible este fenómeno de conducta así mentado o representado intelectualmente por el contrato, la cuestión es harto paradójal. Pues no se nos hace jurídicamente inteligible hasta no *comprender el sentido* que liga a un deber con otro como expresiones de una misma unidad significativa. En efecto, este sentido jurídico de tránsito de un deber a otro no está dado exclusivamente por la norma contractual, a menos de incurrir en un formalismo racionalista más caricaturesco que el de Porcia y que inútilmente buscaríamos practicado por ningún tribunal del mundo ni defendido por ningún abogado. Por el contrario, es tal la falta de sentido del contrato “yo voy a Nueva York si tú vas a Jerusalén”, que así, aislado en su norma, de por sí, sin ninguna referencia a ningún presupuesto que no fuere el arbitrio de los contratantes creador de la norma, suena a broma, a capricho o a locura.⁹ Como ni el juez ni el legislador *viven* de broma (pues ambos son sendos datos de la coexistencia humana), resulta más com-

⁹ El juez Dr. Alejandro de Gainza, del fuero comercial de la ciudad de Buenos Aires, en un reciente fallo sobre abuso del derecho publicado en LA LEY (t. 128, año 1967, con el N^o 59.209) consigna este precioso y valiente considerando con toda exactitud: “Los derechos merecen plena protección cuando su titular los ejercita en forma normal y racional, movido por intereses serios y legítimos (y dentro de la finalidad para la cual el ordenamiento jurídico les reconoce categoría de derechos)”.

En la referencia teleológica de la frase judicial que hemos marcado con un paréntesis, es patente la ambigüedad de conceptos dominante que se analiza en nuestro texto más adelante.

Cabe también observar desde ya, en la misma sentencia, una fuerza y una debilidad similares cuando luego leemos en ella: “Admitir el uso indiscriminado de facultades contractuales sin atender a su objeto ni a las circunstancias del caso, importa dar más importancia a las palabras que a los conceptos”. Parece obvio que el magistrado, para ser fiel a su verdadero pensamiento —al pensamiento contenido en su decisión judicial con tanta firmeza y brillo— debería de haber dicho “...importa dar más importancia a los conceptos que a la realidad”.

previsible que se anule el contrato de nuestro ejemplo, vale decir, que no se me exija viajar a Nueva York ante la pretensión del otro contratante que ya ha ido a Jerusalén, si sólo se acciona con el escueto contrato no aportando ninguna referencia extra-contractual que lo haga inteligible. Es claro que mi viaje a Nueva York no se hace jurídicamente inteligible si no está contratado. Pero decir que se hace jurídicamente inteligible simplemente por el hecho de que está contratado, sin más ni menos, es ya suponer, con contrabando racionalista, que la imputación contractual es algo más que el nexo lógico del pensamiento normativo; es suponer que es la causa jurídica de mi viaje a Nueva York.

7) *La significación del causalismo en la Naturaleza, en la fundamental investigación de Meyerson*

Pero ¿qué quiere decir un científico cuando entiende que un fenómeno se le ha hecho inteligible. Como esta pregunta afecta a toda ciencia de realidades, ya que se habla de fenómenos, la epistemología de la ciencia natural puede contribuir a iluminarnos el camino.

Y así es. Precisamente en la perdurable obra de Emile Meyerson tenemos una respuesta perfectamente inequívoca y profunda. Meyerson distingue entre la concepción legalista y la concepción causal de la Naturaleza, ambas en pugna en la epistemología durante todo el siglo XIX. Según la primera, la ciencia simplemente pretende enunciar leyes, es decir, señalar una relación constante entre dos fenómenos, de tal manera que anotado el primero como antecedente, ha de aparecer el segundo como consecuente en los términos de aquella relación. Si la ley encuentra expresión matemática, nada más se puede pedir y la ciencia cumple con todas las exigencias pragmáticas de la vida humana.

Pero el causalismo reclama otra cosa además de esta suficiencia pragmática. El fenómeno consecuente, dentro del legalismo, tiene un riguroso valor de misterio; su aparición es totalmente irracional, pues ¿por qué aparece éste y no aquel otro fenómeno? Aladino frotaba la lámpara maravillosa y aparecía el geniecillo para ponerse a sus órdenes. He aquí la imagen del legalismo. Pero ¿qué relación había en-

tre la lámpara y el geniecillo? ¿Por qué aparecía éste con invariable subsecuencia? Son preguntas que la mera enunciación legal deja sumidas en la más completa oscuridad. El fenómeno en sí es ininteligible.

Precisamente el sentido íntimo de la concepción causalista es hacerlo inteligible. Si nosotros supiéramos no solamente cuándo y cómo, sino también por qué éste y no aquel fenómeno subsigue a otro, la aparición de un determinado fenómeno pierde su irracionalidad. Para ello tendríamos, pues, que llegar a ver lo racional dentro del fenómeno mismo.

Y bien, desde la época de Parménides se considera al principio de identidad (una cosa es igual a sí misma), como la suprema expresión de la razón; así, afirmando igualdades, avanza el conocimiento racional de la Matemática: $2 + 2 = 4$. Necesitamos, pues, ver al principio de identidad ligando el antecedente y el consecuente que vincula la ley natural. Tal será la noción causal: la causa y el efecto exteriorizan la misma cosa, aunque en diferentes condiciones; ningún misterio ni ninguna creación de la nada aparece en el efecto, porque éste es lo mismo que su causa, sólo que en diferentes condiciones; el efecto es éste y no aquel otro, porque ya eso mismo estaba en su causa. De esta manera, cuando vemos esta identidad, un antecedente ya no es antecedente sino causa; y un consecuente ya no es consecuente sino efecto. Así, dice Meyerson, "el principio de causalidad sólo es el principio de identidad aplicado a la existencia de los objetos en el tiempo".¹⁰ La causa más las

¹⁰ EMILE MEYERSON, *Identité et Réalité*, cap. I. (París, 1926, Alcan). Notable es el análisis existencial de esta identidad en la Naturaleza que trae JULIÁN MARIAS en su *Introducción a la Filosofía* págs.270 a 282. (Madrid, 1947, Ed. Revista de Occidente). Ver asimismo FEDERICO ENRIQUES, *Causalità e Determinismo nella Filosofia e nella Storia della Scienza*, (Roma, 1941, Ed. Atlántica), sobre todo para la especie periódica en boga que habla del indeterminismo de la ciencia física como caducidad de la noción causal, con motivo del principio de incertidumbre de Heisenberg, que sólo es un límite del conocimiento. En el mismo sentido, véase SZILASI, *¿Qué es la Ciencia?*, págs. 93 y 97, (México, 1949, ed. Fondo de Cultura Económica); y PIERRE ROUSSEAU, *La Conquista de la Ciencia*, págs. 232 a 239 y 252 a 254 (Barcelona, 1949, ed. Destino). ELI DE GORTARI, en su acabado ensayo *Causalidad y Determinismo*, (publicado en "Diánoia", t. VI, México, 1960, ed.

nuevas condiciones es igual al efecto. La pre-existencia del efecto, cuando la sabemos ver, es lo que hace racional a los fenómenos y a ello tiende la noción de causalidad. Así es como la causalidad hace inteligibles los fenómenos de la Naturaleza. Repitamos: un fenómeno se hace inteligible cuando le encontramos su causa y no simplemente cuando señalamos su opaco antecedente enunciado como ley natural. Necesitamos ver al antecedente como siendo la misma cosa que el consecuente —que esto es verlo a aquél como causa—, para que el consecuente se nos torne inteligible.

8) *La inteligibilidad del fenómeno jurídico*

Algo parecido nos urge en el dominio del Derecho: no nos basta la sucesión legal de dos deberes para que el fenómeno jurídico se nos haga jurídicamente inteligible. Por eso los juristas han tenido que hablar de la causa en el Derecho (causa en las obligaciones, causa en los delitos, etc.), a saber: para hacer inteligible un fenómeno jurídico dado, el que siempre es un hecho de conducta como conducta.

Y bien, acabamos de ver en nuestro ejemplo “yo voy a Nueva York si tú vas a Jerusalén”, cómo el contrabando racionalista, para hacer inteligible mi viaje a Nueva York, supone que la imputación contractual, a más de ser el nexo lógico del pensamiento normativo, es también la causa jurídica de mi viaje a Nueva York. Sin embargo, esto remata en un formalismo absoluto que no se conoce en la experiencia jurídica y que se resuelve en una vacía tautología (el contrato es causa; y la causa es contrato), pues evidentemente con esta explicación pretendida causal, la sucesión de los deberes de viajar a Jerusalén y Nueva York queda tan opaca, tan poco inteligible y poco traslúcida como antes de la explicación, ya que se reduce a repetir el mismo enun-

Fondo de Cultura Económica), presenta el tema de la causalidad cuántica como incertidumbre y no como indeterminación, como siendo un tema ya agotado y definitivamente esclarecido en dicho sentido. La argumentación de este autor es un modelo de hondura e inteligencia del problema. También BRUSHIN ha recogido con acierto este tema en su libro *El pensamiento jurídico*, p. 23, nota 16, (Buenos Aires, 1959, Ediciones EJEJA).

ciado del planteamiento: sigue sin sentido aparente, pareciendo una broma o un capricho, porque decir que los viajes están jurídicamente causados, sólo significaría que están contratados. Sin duda, no es a este tipo de explicación al que aluden los juristas cuando hablan de la causa en el Derecho. Y ya con esto se ve, también sin duda, que *el fenómeno* jurídico no se nos hará inteligible sin ir a tomar en su propia realidad lo que buscamos.

Pero entonces, si la mera imputación contractual, de por sí, no hace inteligible mi viaje a Nueva York, y si, por lo tanto, no es su causa jurídica, ¿dónde buscar esta inteligibilidad? ¿Acaso es correcto hablar de causa jurídica y empeñarse en buscarla? ¿No supone esto, por su parte, saber en forma inequívoca, qué es la causa en el Derecho? Acá encontramos a la teoría egológica aceptando la exigencia planteada por la doctrina jurídica cuando inquiere por la causa, porque esto se sustenta en la necesidad de hacer inteligibles a los fenómenos jurídicos; pero rechazando toda conceptualización causalista por ser ontológicamente inadecuada para la esfera del Derecho.

9) *El problema que plantea al jurista el mundo de la naturaleza*

En el dominio de la Naturaleza, la conceptualización causal se ha evidenciado como la inteligibilidad de la Naturaleza; esto no lo discutimos. Pero ha de notarse que esta fecundidad del pensamiento causalista respecto de la Naturaleza se ha logrado merced a que los científicos hicieron unívoca la noción misma de causa, reteniendo solamente una de las cuatro especies aristotélicas: la causa eficiente. Para la mentalidad científica del hombre moderno no hay otra causa que la que produce su efecto mecánicamente. Y todo intento de referirse a una causación de la realidad —aunque ésta sea la realidad jurídica—, al margen de esa firme construcción de la Ciencia natural, introduciendo otras especies de causa, no sólo es ponerse por debajo de la mentalidad científica,¹¹ sino que también es arriesgar la

¹¹ “El orden causal significa precisamente la existencia de *una sola* concatenación de todos los fenómenos en el espacio y en el tiempo,

inteligibilidad de aquella realidad que se desea explicar, en cuanto que la realidad jurídica existe inmersa en la Naturaleza porque la vida del hombre es ese estar-siendo-en-el-mundo que ha iluminado la filosofía existencial. El mundo, nos dice la ciencia que lo estudia, es causal; y mal podríamos contradecir este unívoco punto de vista tratando de hacer inteligibles los actos humanos, si ese mundo es el mismo mundo que integra nuestra existencia en ese estar-siendo-en-el-mundo en que nosotros consistimos. Así, pues, para la teoría egológica no se trata de hacer inteligible mi viaje a Nueva York, de nuestro ejemplo, echando mano de otras especies de causa, sino de lograr un punto de vista extraño a toda causación, es decir, un punto de vista colocado en otro plano que ni niegue ni afirme la causación pero que haga inteligibles los actos humanos. Solamente así no caeremos en conflicto con la conceptualización causal de la Ciencia natural, única legítima en su univocidad.

En caso contrario este conflicto es patente. Habría de decirse, sin más, que la causa de mi viaje a Nueva York es la fuerza motriz del barco que me lleva y que la causa de la muerte del hombre ejecutado con la pena capital es la guillotina que le separa el pescuezo. Pero es claro que los juristas, reconociendo por cierto estas cosas, no se satisfacen con ellas porque no se refieren a ellas. Dirán que son las causas del hecho natural, pero no las causas jurídicas que buscaban. Pero entonces, una de dos: O se habla de una realidad jurídica diversa y desconectada de la del mundo, para que la conceptualización de su causación no tropiece con la de éste, cosa inaceptable porque no podemos separar al hombre del mundo. O abandonamos la noción causal al buscar la inteligibilidad de los actos humanos; lo que se conciliará con la realidad del mundo sólo si podemos lograr un punto de vista que no interfiera con la explicación causal por ser un enfoque suficiente hecho desde otro plano.

Frente a esta situación no es de extrañar el fracaso de la teoría jurídica en torno a la causa en el Derecho; fracaso

y corre peligro esta unidad si reconocemos al lado de la causalidad física otra causalidad superior a ella, *supernatural*". (CASSIRER, *El Problema del Conocimiento*, pág. 343; México, 1948, ed. Fondo de Cultura Económica).

ya lealmente reconocido en todas sus disciplinas, a pesar de la gran cantidad de teorías diferentes, donde ninguna se ha mostrado fecunda para el saber acumulativo; donde ninguna ha embanderado sin reservas a los estudiosos; donde ninguna ha resultado suficiente para aclarar el amplio ámbito de la experiencia jurídica; donde todas han arrojado menos luz de la que prometían, suscitando, en cambio, más problemas inesperados; donde la mayoría resultaban tautológicas al terminar repitiendo el enunciado del planteamiento con diferencias verbales; donde algunas pocas, como la de Capitant, comenzaron rozando de espaldas la situación, para rebotar a lo de siempre una vez desarrolladas; y donde todas marcan el ritmo de concretarse como teorías de aspectos jurídicos especiales (causa en las obligaciones, causa en los delitos, etc.), como si no hubiera un único problema común, denotando con esto el fracaso para abarcar todo el problema.

10) *El matiz de la diferencia entre civilistas y penalistas*

Precisamente en este punto, tratándose de un problema común para toda la experiencia jurídica, tenemos que subrayar la diferencia de matiz con que la teoría de la causa se ofrece en el Derecho civil y en el Derecho penal, porque esa diferencia de matiz es muy instructiva para nuestro propósito.

El Derecho Civil, por estar preocupado principalmente con las enunciaciones de las endonormas, ha sentido la gravitación de nuestro problema como si se tratara de encontrar la causa en los contratos; luego, con más amplitud, la causa en las obligaciones y, por último, la causa en los actos jurídicos, para poder incluir fenómenos como el testamento. Contratos, obligaciones y actos jurídicos, caen, todos, bajo los conceptos puros de la endonorma. La perspectiva del problema a través de la perinorma, era dejada en la sombra. Y bien, esta situación, como pudimos apreciar en nuestro ejemplo “yo voy a Nueva York si tú vas a Jerusalén”, permitía descartar con gran vigor que la causa en las obligaciones fuera la causación de la Naturaleza (v. g., que la causa jurídica de mi viaje a Nueva York fue-

ra la fuerza motriz del barco que me transporta), porque la endonorma conceptualiza siempre la libertad de la conducta con el sentido de la libertad. Así la doctrina civilista de la causa,¹² se ha perfilado siempre sin ninguna clase de inclinación hacia la conceptualización causalista de la Naturaleza: o ha recaído en el formalismo absoluto del racionalismo, afirmando que la causa jurídica es la imputación normativa (lo que hacía innecesaria la noción de causa, al propio tiempo que no tenía verificación en la experiencia); o ha echado mano de la noción de finalidad para referirse al tránsito *real* de los deberes, buceando en la realidad con algo que no fuera la causación mecánica de la Naturaleza; con lo cual se salía del paso sobre la base de ejercitar una noción muy superficial de la teleología, pues la teleología sólo es la modalidad orgánica de la causalidad: todo medio para un fin sólo es una causa de determinado efecto. La multivocidad aristotélica de la noción de causa que la ciencia moderna superó en la Física, venía a ser reemplazada, por estos juristas, por la multivocidad todavía más aguda de la noción de fin, que aparece en biología como teleología orgánica, en psicología como teleología consciente y en el dominio de las ciencias culturales escondiendo el problema de la valoración. Y por esta razón, a poco que se extremó el desarrollo de la teleología como causa jurídica en el Derecho civil, se arguyó que habría una finalidad objetiva de los actos jurídicos, la misma e invariable para todos los actos de la misma naturaleza. v. g., dos compraventas diferentes quieren por igual dar al comprador la propiedad de la cosa comprada (y entonces esta finalidad objetiva parecía simplemente la imputación normativa

¹² La más destacada bibliografía civilista argentina sobre la causa, está constituida por las obras de LUIS DE GASPERI, *Tratado de las Obligaciones*, tomo I, caps. XIV y XXV (Buenos Aires, 1945, Depalma), NORBERTO GOROSTIAGA, *De la Causa de las Obligaciones*, (Buenos Aires, 1944, Ideas) y el pequeño libro de ENRIQUE V. GALLI, *El Problema de la Causa y el Código Civil Argentino*, (La Plata, 1935, Ed. de la Universidad Nacional), que sigue siendo lo más fresco y sugestivo de nuestra bibliografía sobre la causa civil en general, pues los esfuerzos de nuestros autores se han orientado, por lo común, hacia temas especiales como el del enriquecimiento sin causa. También cuenta, aunque su nivel es escolar, el volumen publicado en 1940 por el Seminario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

como decían los racionalistas); y que habría también, a la par, la finalidad subjetiva de los contratantes, diferente de uno a otro contrato aunque éstos fueran de la misma naturaleza (y entonces el imposible manejo dogmático de la vida psicológica parecía quitar toda utilidad científica a la teoría civilista de la causa... por habérsela sacado de la esfera normativa!).

La verdad es que si el jurista está forzado a pensar normativamente, tenía sentido buscar algo real dentro de las formas lógico-normativas, pero no cancelar en un cierto momento el valor lógico de estas formas para reemplazarlas por acoplamiento con las formas lógicas de la causación psicológica. Y no se ve otra manera de poder buscar algo real dentro del juego de la norma, sino manteniendo la relación entre norma y conducta como la relación gnoseológica de concepto a objeto, porque en esta relación la mención que hace el concepto significante, puede mentar cualquier cosa sin que esto sea interferir, alterar ni reemplazar la relación real dada en lo significado (fenómeno). Cualquier otra relación que se quiera establecer entre norma y conducta lleva, tarde o temprano, a una colisión entre la actuación del ente "norma" y la del ente conducta; o, para impedirlo, lleva a separar los mundos de ambos entes, cancelando en un determinado momento el valor lógico del primero (y con ello, dejando de pensar normativamente) y acoplándole en su reemplazo, luego, el valor lógico o cognoscitivo de la causalidad del segundo.

En forma opuesta, el Derecho penal, por estar preocupado principalmente con las enunciaciones de las perinormas, ha sentido la gravitación de nuestro problema como si se tratara de encontrar la causa en los delitos según el modelo del antecedente real y mecánico de que nos hablan las leyes naturales cuando se remontan a la causa de la causa, buscando cuándo la acción del hombre puede asumir este carácter.¹³ Con esto, la perspectiva del problema a través

¹³ Conviene destacar la diferencia verbal con que aluden a su tema, en este punto, el sociólogo del Derecho por un lado y el jurista de la Dogmática por el otro.

En la criminología se habla de la causa *de* los delitos con visible y adecuada referencia a una causación de la delincuencia como fenómeno sociológico. Desde este ángulo, la causa de algún delito en singular es

de la endonorma, era dejada de lado. Y también por esto —es decir, porque la representación conceptual de la perinorma mienta, con el concepto de la sanción, a la libertad pero sin el sentido de la libertad y refiriéndose en ello al delito como al simple *hecho* que condiciona la sanción, de modo que el nexo imputativo puede así ser confundido con un nexo causativo—, la doctrina criminalista de la causa se ha perfilado con una fuerte inclinación hacia la concepción causalista de la Naturaleza.¹⁴ De esta manera, en

simplemente ilustrativa de una tesis sociológica general en la cual está destinada, en principio, a quedar subsumida.

En cambio, en la ciencia normativa del penalista se habla de la causa *en* los delitos, siendo ahora patente la vaguedad e imprecisión que adquiere el problema referido a *los delitos* en plural. La locución gana en fuerza demostrativa sólo si se la usa en singular diciendo “la causa *en* el delito”; en lo cual se admite que se trata, en rigor, de una causa sin causalidad, de una causa no causativa, de una “causa” apta sólo para hacer inteligible un fenómeno concreto abriéndolo a la comprensión de su sentido.

En la medida en que por razones de deformación intelectual, que sería ocioso explicar aquí, la respuesta dogmática de los penalistas se ha orientado como un “pendant” de la respuesta criminológica —buscando de aprovechar a ésta siquiera por sus presupuestos filosóficos—, ha de reconocerse entonces que la pregunta dogmática de los penalistas tiende, de hecho, a averiguar si en un determinado acto como causa ya está contenido el resultado por virtud de esta identidad inmanente que ha subrayado Meyerson. No se ha advertido que así se estaría borrando la diferencia significativa de las preposiciones “de” y “en”, que, por alguna valedera razón, el lenguaje haría jugar según se hablase como criminólogo o como penalista.

¹⁴ La bibliografía penal argentina sobre la causa, está presidida, con gran jerarquía intelectual, por los trabajos de SEBASTIAN SOLER y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Del primero, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, cap. 24 (Buenos Aires, 1940, Ed. El Ateneo) y *Acción y Causalidad*, en la revista “La Ley”, tomo 22 (Buenos Aires, 1941); y del segundo, *La relación de causalidad y la responsabilidad criminal y Nuevas reflexiones sobre la Causalidad en materia penal*, ambos en la recopilación *El Criminalista*, tomo II, (Buenos Aires, 1942, Ed. La Ley). Como sumaria exposición, limitadamente informativa, es eficaz el breve libro del chileno ABRAHAM DRAPKIN, *Relación de Causalidad y Delito*, (Santiago de Chile, 1943, Ed. Cruz del Sur).

Este problema de los penalistas también existe, en los mismos términos de doctrina y lucubración, para los civilistas cuando afrontan la relación que habría entre un hecho ilícito y el daño emergente. En la bibliografía argentina se destacan, por la privilegiada lucidez con que escriben sus autores, el breve artículo de ALFREDO ORGAZ, *La*

la doctrina penal de la causa, junto con la posición racionalista del formalismo que contesta negando esta investigación causal y remitiendo todo el asunto, con diferencias de matiz (Binding, Mayer, Soler), a la norma misma en el tipo conceptual por ella establecido, encontramos la posición empirista, que con la teoría de la equivalencia de condiciones alcanza al punto más extremo, ensayando de dar con la causa en un delito dentro de la cadena causal en que ese hecho se encuentra en tanto que hecho de la experiencia natural. El empirismo penal arguye, con toda razón, que la relación causal es una y la misma en todas partes, no habiendo otra relación causal que la definida por la Ciencia natural; y protesta de que se quiera inventar otra relación causal de uso doméstico para el Derecho penal. Pero el racionalismo, también con razón, responde que no se trata de inventar una nueva especie de causalidad sino de prescindir de esta noción por innecesaria, para lo cual destaca, todavía con razón, que una cosa es *ser causa de un delito* y otra muy diferente es *ser su autor*. Sólo esto último concierne a la dogmática penal. Pero como el racionalismo no explicita esta diferencia, cree —ahora sin razón— que para resolver el problema penal por la autoría nos basta y sobra la norma. Por eso, a renglón seguido, el racionalismo, urgido por la experiencia y con evidente claudicación, se siente tentado de identificar la autoría con una “causalidad racional”¹⁵ por no saber ver la egología en la autoría. Pues es claro que esta pretendida causalidad racional —simple

relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño, publicado en la revista “La Ley”, t. 55, Buenos Aires, 1949; y el capítulo que GUILLERMO A. BORDA dedica al tema en su *Tratado de Derecho Civil Argentino: Obligaciones*, t. II, Nº 1313 y sgts., (Buenos Aires, 1966, ed. Perrot).

¹⁵ Ver RICARDO C. NÚÑEZ, Comentario bibliográfico al “Derecho Penal Argentino” de Sebastián Soler, en la revista *Jurisprudencia Argentina*, año 1940, tomo 3, Buenos Aires. Ya KANT, en sus momentos de mayor metafisicismo racionalista, usó la expresión de “causalidad racional” u otras similares para aludir a la libertad práctica del ego inteligible. Pero Kant, más consecuente con el racionalismo que Núñez, afirmaba la actuación de esta causalidad racional en el cumplimiento de la ley moral pura; jamás podría actuar en la violación de ella donde sólo tendría juego una causalidad empírica. Ver KANT, *Crítica de la Razón Práctica*, págs. 127, 144, 191, 199, 218 (Madrid, 1913, Ed. V. Suárez).

cálculo psicológico de previsión de efectos—, tiene muy poco de racional en cuanto que no se basa en un postulado de la pura razón, como habría exigido Kant para calificarla así. Ella es el rebrote de la misma causalidad natural en los términos tan conocidos de la vieja Psicología empirista.

Pero el problema es muy otro. La autoría —concepto óntico— nos lo presenta por fuera; la egología —concepto ontológico— nos lo presentará por dentro. La autoría se va a aclarar por la egología, no por la causalidad por más que a ésta se la califique indebidamente de racional.

11) *Común denominador y similar error del causalismo en lo civil y en lo penal*

No hay duda que ser autor es algo muy diferente de ser causa. Ser autor implica analíticamente la noción de *personalidad*, en el sentido auténtico y único verdadero con que este problema ha preocupado siempre a la Filosofía y que en nuestros días, con las diversas teorías de la persona, tiene tan plena actualización. Pero el problema está en saber si se puede establecer la autoría y egología de un delito, sin trascender de la norma de ninguna manera.

Con esto ya comenzamos a ver que el problema de la causa en el Derecho es el mismo para civilistas y penalistas: para ambos la cuestión es *hacer inteligible un fenómeno* de la experiencia jurídica. Pero un hecho de esta experiencia, siendo un acto humano, no se hace jurídicamente inteligible de por sí por la simple circunstancia de corresponder totalmente a la descripción conceptual que de él hace la norma. Esto significa un formalismo racionalista que no se encuentra en la experiencia judicial de ninguna parte. Para hacerse inteligible, siendo un hecho real, tiene que ser referido a la inteligencia que la misma realidad contuviere; sólo que no a otra realidad que a la de la persona que lo hace, es decir, a su autor, la cual no es ningún mero pensamiento normativo, sino realísima realidad de carne y hueso en alma y en espíritu. La tesis del racionalismo, de que basta la plena concordancia del acto con la norma para que aquél se torne jurídicamente inteligible, lleva al contrasentido lógico-trascendental de que se podría hablar —y así

habría de hacerlo la teoría— de un acto sin la persona, es decir, de un homicidio sin homicida o de una venta sin vendedor. Y esto es absurdo porque carece de sentido separar los cumplimientos humanos y el hombre que los cumple, ya que a la libertad que se fenomenaliza en la conducta la intuimos de una única manera, a saber: en forma personal, con ipseidad. Rechazamos, pues, la postura negativa del racionalismo para nuestro problema, no sólo porque estamos en los actos de conducta como objeto a conocer —y no en las normas—, sino también porque pasamos de los actos o cumplimiento a la persona real que los hace, trascendiendo con esto de los contenidos dogmáticos de la norma. Pues aquí ha de observarse que la referencia de una norma a un acto es completamente contingente: la norma puede castigar o no un determinado acto o imputarle este o aquel efecto; pero la referencia de la norma a la persona es necesaria porque la norma no puede dejar de referirse a personas, cualesquiera sean los actos a que se refiera.

No sólo rechazamos la respuesta negativa del racionalismo al problema de la causalidad jurídica, sino que encontramos ampliamente justificada la razón de ser de la actitud empirista en cuanto se mueve por el deseo de hacer jurídicamente inteligible un fenómeno de la experiencia jurídica. Vimos más arriba, en el ejemplo de Schapp, que mi viaje a Nueva York no adquiere inteligibilidad jurídica por la mera imputación normativa del contrato “yo voy a Nueva York si tú vas a Jerusalén”. De la misma manera, no resulta jurídicamente inteligible, a la luz de la pura ley penal, que se encarcele por lesiones al boxeador que ha herido a su rival en el ring de una trompada en el mentón. Sabemos la corrida que provocan entre los penalistas, ejemplos como éste; pero la verdad es que un semejante encarcelamiento resultaría ininteligible porque excede nuestra comprensión de justicia, no resultándonos suficiente para explicar su absolución, frente a los textos legales y en postura racionalista, el rodeo —ya no expresamente normativo— de que se trata de un deporte consentido por el Estado y de que hay que hacer una remisión amplia al organismo jurídico unitariamente entendido; pues siempre podría entenderse que el permiso que otorga el Estado para

boxear se extiende en tanto que esto no cueste la salud al prójimo.

Pero el empirismo, sin ninguna duda, se ha equivocado cuando ha recurrido a la noción causal para hacer inteligible un fenómeno jurídico. La causalidad hace inteligible a la Naturaleza, pero no al Derecho. De ahí que la respuesta “la causa de mi viaje a Nueva York es el barco que me transporta”, sea, a la par que cierta y exacta, completamente irrelevante para el jurista. De ahí también la puerilidad de la cuestión cuando se pregunta si yo soy la causa de la muerte de un hombre, al que, por haberle recalcado el tobillo de un puntapié, lo toma una ambulancia para llevarlo al hospital, chocando ésta en el trayecto y muriendo el lesionado en la colisión.

Las teorías penalistas de la causa que, de una u otra forma, intentan mitigar la posición absoluta de la de la equivalencia de condiciones, sólo tratan de negar en un determinado momento el nexo causal que han aceptado como punto de partida. Nada diferente es lo que hace la teoría civilista de la causalidad teleológica, con su multívoca noción, porque al buscar una causalidad que no sea mecánica, no se refiere a la modalidad teleológica que se da dentro de la causación mecánica también mecánicamente —todo medio para un fin, es causa para un efecto—, sino que intenta referirse a una causación sin ningún parentesco con la causalidad mecánica. Por eso las teorías causalistas paliadas han de ser rechazadas. No se puede desconocer, de ninguna manera, con subterfugios académicos, la concatenación causal de que nos habla la Ciencia natural. Por el contrario, es muy claro y cierto que cualquier fenómeno de la experiencia jurídica, como los demás fenómenos, sea un delito o una prestación, están inmersos en una serie de sucesos concatenados donde el físico —y sólo él— puede señalar causas anteriormente sucesivas en el tiempo, en una serie infinita. De esto se infiere que cualquier corte en la serie causal es arbitrario. Sin embargo, no nos asustemos por este corte, ya que, para no ir al infinito, hay que hacerlo siempre. Lo efectúa el físico —por eso el conocimiento que nos da es relativo y no absoluto— y el jurista ha tratado de imitarlo.

12) *El salto egológico*

Pero nuestro problema no está en el corte de los sucesos concatenados, sino en otra cosa que no se ha advertido suficientemente y cuyo fundamento no han analizado las teorías causalistas del Derecho. Es la siguiente: Mientras el físico, en la serie de sucesos concatenados que considera, *busca*, para cada hecho, el hecho o los hechos que sean causa, el jurista, aun tratándose de la misma serie causal de sucesos, *interpreta* esta serie. Suponiendo que la serie causal de sucesos corra de izquierda a derecha en el primer plano de un escenario, el jurista, atraído en su tarea por uno o más hechos de esta serie, no se remonta hacia la izquierda de la misma buscando una causa, sino que salta del frente al fondo del escenario, pasa al último plano y se sitúa por atrás, más allá de la serie causal, interpretándola en un intento de comprenderla. La relación causal, cuando lo lleva del efecto a la causa, le presenta un nuevo hecho explicativo, pero no le presenta ni le puede presentar una totalidad como el sentido de los hechos. El jurista salta, según antes dijimos, de los fenómenos jurídicos a la persona humana plenaria, la cual, como bien se sabe, aun existiendo en el mundo constituido por la relación causal, tiene su ser en un plano de otra dimensión gnoseológica y ontológica. Este para el jurista forzoso ir del delito a la persona —salto egológico— (y lo mismo ha de decirse de la prestación a la persona), es lo que ha llevado a Laureano Landaburu a hablar del delito como estructura definiéndose ésta por dicha relación.¹⁶ Pues la enseñanza de Dilthey ha de profun-

¹⁶ LAUREANO LANDABURU, *El Delito como estructura*, en "Revista de Derecho Penal, tomo I, n^o 3 (Buenos Aires, 1945, Ediar) y *Sobre el Delito y la Participación criminal*, estudio crítico al fallo n^o 20681 de los registrados en "La Ley", tomo 42, Buenos Aires, 1946. Landaburu destaca en forma totalmente temática que es la personalidad del delincuente en tanto que *ego* el elemento fundante y constitutivo que estructura en unidad esa pluralidad de apariencias que llamamos delito; pluralidad de apariencias fenoménicas que sólo puede ser conocida como estructura, es decir, colocando a cada parte en el lugar que le asigna el todo. Con esta idea, a pesar de su común designación verbal, ningún contacto tiene la noción estructuralista de Manuel López Rey-Arrojo, cuyo concepto de estructura se basa hasta en la distribución arquitectónica de libros, títulos y capítulos de un Código Penal, como

dizarse aquí así: interpretar, que es la modalidad de la comprensión que toma al substrato del objeto cultural como punto de partida de su despliegue empírico-dialéctico, es pasar de la exterioridad física de la expresión, al sentido espiritual expresado por ella. Cuando vemos una piedra y advertimos que el hombre le ha insertado el sentido espiritual de separar dos heredades, esto es, cuando comprendemos que es un mojón, hemos interpretado algo que está en la serie causal de la Naturaleza (y valga la redundancia, porque nada puede estar fuera de la Naturaleza, aunque no sea Naturaleza). De la misma manera cuando escuchamos los sonidos de un piano y los comprendemos como música (fea o hermosa, no importa), hemos interpretado saltando de los hechos naturales al sentido humano de los mismos. Y así el jurista salta de los actos humanos, existentes en concatenación causal, buscando, no su causa, sino su sentido, sean estos actos prestaciones o delitos.

Antes de proseguir en este desarrollo de nuestras ideas, podemos ya destacar la razón de principio que invalida apodícticamente toda teoría de la causa en el Derecho, por más que sea justificada la intención que las ha originado. La Lógica trascendental aclara el punto: Para la Lógica formal las siguientes proposiciones presentan el mismo objeto de estudio, en el sentido de que las tres son por igual esa estructura lógica que ella llama juicio y que simboliza en el esquema *S es P*:

Dos más dos es igual a cuatro.

Los metales se dilatan por el calor.

Esta balada es hermosa.

Pero para la lógica trascendental los tres ejemplos dan otros tantos objetos lógicos diferentes, porque la Lógica trascendental atiende a los actos gnoseológicos con que se constituye el juicio; y el primero presenta actos de intelec-

acertadamente se lo ha criticado GENARO RUBÉN CARRIÓ en su estudio a él dirigido, *Algunas reflexiones sobre Teoría general del Derecho*, publicado en "La Ley", tomo 45 (Buenos Aires, 1947). También hay alguna contribución tangencial a la auténtica idea del delito como estructura, en el trabajo de ENRIQUE R. AFTALIÓN, *Delito, Tipicidad y Analogía*, cap. IV, publicado en "La Ley", tomo 39, (Buenos Aires, 1945).

ción y derivación, el segundo, de percepción y explicación, y el tercero de valoración y comprensión. Es claro que la entrada en juego de una u otra clase de actos gnoseológicos está impuesta por la naturaleza óptica del objeto al cual el juicio se refiere, pues para que haya conocimiento ha de haber correspondencia entre la intuición y el pensamiento. Pero esto en nada quita importancia a la esencia lógica del acto gnoseológico a que atiende la Lógica trascendental, porque toda *la estructura* del conocimiento que obtengamos deriva de la naturaleza del acto gnoseológico. Y bien, si comprender (y por lo tanto interpretar) es un acto gnoseológico diferente e irreductible al acto de explicar, es insertible para el jurista toda teoría causal porque al encontrar una causa de algo realizamos un acto de explicación, en tanto que el jurista, que sólo interpreta una serie causal ya dada, ejercita en ello un acto de comprensión. A-priori, pues, están invalidadas para la Ciencia del Derecho todas las teorías causalistas habidas y por haber.

En este punto es indispensable tener presente la siguiente evidencia: Los predicados de la realidad física son longitudes, coloraciones, sonidos, durezas, asperezas, temperaturas, olores, sabores, superficies, movimientos, masas, cargas eléctricas, etc.; en cambio los predicados de la conducta son calidades axiológicas sobre la justicia, el amor, el bien, el placer, la eficiencia, la santidad, la templanza, etc. La conducta no es roja o azul, ni esférica o triangular, ni ácida o salada. Todos los predicados de la conducta son predicados de la intimidad; provienen de la personalidad de la persona y por ello, para encontrarlos, es forzoso dar el salto egológico hasta la persona como autor. Para poder calificar a la conducta con los predicados de la intimidad, que es la única calificación que admite, es forzoso acceder primero a la fuente de la intimidad que es el autor como persona, para retornar luego a la experiencia con lo que de esta fuente se hubiese tomado con controlada justeza. El salto desde la experiencia sensible al autor conduce a esclarecer la autoría como egología en razón de los predicados que en el autor se contienen como intimidad; pero el regreso desde el autor a la experiencia sensible permite ver que esta experiencia como experiencia jurídica es una experiencia egológica por

virtud de la misma razón, es decir, por virtud de lo que cabe predicar de ella.

Este problema quedará totalmente en claro más adelante, cuando hagamos temático el juicio de existencia fundamental donde se soporta toda la experiencia jurídica. Entre tanto sea suficiente destacar con la mayor energía que si no cabe dudar del mundo perceptible como una realidad de experiencia externa, tampoco cabe dudar de la conducta propia ni de la conducta ajena como realidad de la experiencia externa igualmente. Y que estas dos realidades de experiencia son, ambas, no sólo indubitables en el mismo grado, sino que también recíprocamente irreductibles una cualquiera de ellas a la otra, a juzgar por los predicados que cada una tolera con sentido y con exclusividad.¹⁷ De ahí que negar la existencia de la conducta como fenómeno externo sea una imposibilidad, no obstante el hecho asombroso de que la conducta como fenómeno no sea roja o azul, ni esférica o triangular, ni sonora o silente, etc. Son dos realidades heterogéneas cuya coexistencia es forzoso admitir. El hecho de que una de ellas sea explicable pero no comprensible; y de que la otra, al revés, sea comprensible pero no explicable, encuentra el primer eslabón para fundamentar la diferencia, en la diversa naturaleza de predicados que aquellas dos realidades admiten. Ahí mismo ya se comienza a ver que el camino de la causalidad no es el camino de la autoría; el primero se desenrosca por su pasado como una asíntota de instantes sucesivos, en tanto que el segundo se enrosca en su presente como el radio vector de una misma totalidad sucesiva.

Prosiguiendo ahora nuestra investigación, hemos de decir que si el jurista, buscando de interpretar los actos o cumplimientos de conducta dados en concatenación causal, salta de esta serie causal inmediatamente a la persona humana, (a diferencia de lo que ocurre en la comprensión de los objetos mundanales), lo hace debido a la naturaleza

¹⁷ A este respecto no deja de ser elocuente el desliz de ORTEGA y GASSET, (Obras Completas, t. VI, pág. 329), que habló, refiriéndose a los valores, de "cualidades irreales residentes en las cosas" precisamente porque resulta vana tarea la de buscarlos con los ojos de la cara. Los ojos de la cara, claro está, habrían de verlos sólo si a su vez la conducta fuese roja o azul, triangular o esférica.

egológica del objeto Derecho.¹⁸ Ya hemos visto el sinsentido que sería querer referirse a un homicidio sin homicida o a una venta sin vendedor; en una palabra, a los actos de conducta sin una persona. Siendo un comprender el conocer del jurista, su referencia a la persona humana como ego es el camino forzoso que ha de seguir si quiere conocer el dato fenoménico que le presenta la experiencia. Pero comprender la persona es comprenderla en sus valores reales y efectivos.

Por otra parte, como el Derecho es la conducta humana en su interrelación intersubjetiva, esta comprensión de los actos mediante la persona significa que los actos se le hacen inteligibles cuando les ha encontrado su sentido axiológico bilateral, es decir, su valor en cuanto que justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden, todos los cuales son valores de personalidad. Sólo desde la persona puede el jurista volver con esta guía axiológica para iluminar el sentido de los actos que le ofreció la experiencia fenoménica de que partió. Y es claro que cumplida esta iluminación, es decir, desentrañando con resultado o signo positivo este múltiple sentido axiológico, ya se hace jurídicamente inteligible mi viaje a Nueva York de nuestro anterior ejemplo y habría de responder por los daños y perjuicios si no quisiera realizarlo; que si lo fuera negativamente (por ejemplo, en un contrato formalizado por broma o en un momento de absoluto capricho), no hay duda que el buen juez habría de anularlo invocando su falta de causa jurídica. Y es también un esclarecimiento axiológico semejante el que hace inteligible que el juez penal, frente a un homicidio, imponga la pena de 17 años de prisión, por

¹⁸ Este salto a la personalidad tiene el carácter de verdad sabida en la filosofía contemporánea, dentro de las más diversas escuelas. Así dice DANIEL CHRISTOFF en su libro *Le Temps et les Valeurs*, pág. 28, (Neuchâtel, 1945, ed. La Bacconière à Boudry): "La acción no es un fenómeno, un eslabón de la cadena de los hechos determinados por la sucesión. Cuando buscamos el origen del acto, no remontamos a un antecedente, sino a una causa, ser, sustancia del cual el acto es un modo. En la acción moral, se trata tan sólo del sujeto".

En este salto hacia la persona, el sujeto como personalidad está presente en cada eslabón de la cadena fenoménica; no es ningún eslabón antecedente que hubiere quedado en un "antes", como acontece con las causas.

ejemplo, y no el máximo ni el mínimo que permite la ley; o que el mismo juez no considere autor de la muerte sobrevenida en el choque de la ambulancia al que con su puntapié le recalcó el tobillo al lesionado que tuvo que subir en ella; o al boxeador que en el ring lesionó a su contrincante de una trompada en el mentón. En todo esto se interpretan hechos buscando de comprenderlos; y el señalamiento de una causa, que como tal es siempre un hecho, no nos hace comprender nada acerca de un sentido, pues sólo habla de una escueta producción fáctica. La idea de que el señalamiento de una causa acarrea mecánicamente una comprensión de un sentido sobre el efecto, es una pura ilusión naturalista patente en lo que concierne a la causación mecánica (porque un asunto es qué produce a un suceso y otro con qué sentido se lo vive), pero no menos evidente en lo que concierne a la causación finalista de la vida de conciencia, porque esta causación *comienza* proponiéndose un fin y la elección del fin reposa en un juicio de valor. Sin embargo, como sobre la causa final gira hoy toda la doctrina civilista de la causa, en un remolino de confusión, merece que analicemos su base al detalle, sobre el ejemplo que sirve de arquetipo.

13) *La teleología y el contrato*

Sea un contrato de compra-venta entre C y V, donde el segundo vende un automóvil al primero por el precio de 1.000.000 de pesos.

Los civilistas presentan la relación teleológica de esta manera: C quiere el automóvil (finalidad) y para ello paga \$ 1.000.000 (medio); aquí el precio es el medio para conseguir el fin. Respecto de V la situación está invertida: V quiere el dinero (finalidad) y para ello entrega el automóvil (medio); ahora el automóvil es el medio para conseguir el fin. Hay, pues, dos relaciones teleológicas inversas que se superponen, porque el fin de una coincide con el medio de la otra; y al revés. En honor a la verdad digamos que este planteamiento teleológico no es exclusivo de los civilistas, pues el concepto stammleriano de "voluntad vinculatoria" lo formula y acepta expresamente.

Y bien; a pesar de la meridiana claridad que este planteamiento parece tener a primera vista, el análisis revela en él una equivocación tan grande que, en rigor, enuncia al revés las relaciones teleológicas existentes y omite lo principal. Para comprender esto con el grado de evidencia que merece, comencemos por destacar que la estructura de la teleología humana no está fielmente representada si la articulamos sólo con los dos elementos que utiliza el pensamiento tradicional, a saber: el medio y el fin, que acaso basten a la teleología orgánica. Pues, bien examinado, son cuatro los componentes de tal estructura: 1º) el medio, o sea aquello que materialmente sirve para producir el fin; 2º) el fin, o sea la cosa o situación producidas por la actuación mecánica del medio; 3º) el valor del fin, o sea lo que determina que algo sea erigido en fin por el hombre; y 4º) el valor humano que tiene la conducta desarrollada en la articulación conjunta de aquellos tres componentes. Los tres primeros elementos son, entre sí, trascendentes los unos respecto de los otros, pues lo que a cada uno le confiere su entidad puede ser pensado existiendo separadamente; en cambio, el cuarto elemento es inmanente a cada uno de los otros, pues su existencia se da sobre la existencia de los otros. Ya hemos destacado en la precedente nota que el sujeto como personalidad aparece siempre en cada eslabón de la cadena fenoménica.

Sobre esta estructura de la teleología consciente, tratemos ahora de poner a plena luz lo que está aludido de verdad en una expresión teleológica simple. Consideremos la frase “uso lentes *para* ver mejor”, donde la preposición *para* denota la relación teleológica y donde, por consiguiente, “usar lentes” es el medio y “ver mejor” es el fin.

La frase “uso lentes *para* ver mejor” contiene, en primer lugar, la siguiente relación mecánica: porque uso lentes, veo mejor. “Uso lentes *para* ver mejor”, significa, pues, ni más ni menos, por de pronto, que “porque uso lentes, veo mejor”, donde la preposición teleológica *para* está reemplazada por la conjunción causal *porque* y donde el uso de los lentos aparece como causa mecánica de un ver mejor, que es su simple efecto. Esta equivalencia fraseológica que acabamos de hacer, toma únicamente los dos primeros elementos (el medio y el fin) de la estructura teleológica com-

pleta más arriba expuesta y hace ver que entre ellos sólo hay una relación de causalidad mecánica; o como repetidamente lo han dicho los filósofos, que todo medio para un fin sólo es una causa para un efecto.¹⁹ “La finalidad del acto técnico —dice así con razón Christoff— no es nada más que un mecanismo invertido”.²⁰

Pero la frase teleológica “uso lentes para ver mejor”, contiene además otra relación, a saber: “uso lentes porque quiero ver mejor”. Con esto se alude al tercer elemento de la estructura teleológica completa; es decir, a la erección en fin que se hace del “ver mejor” fundado en el valor que se le asigna. Pero este simple “querer ver mejor”, que contiene una valoración, no es en sí ninguna relación teleológica, sino un acto de la pura voluntad, porque tiene lugar sin que haya trabazón de medios y fines. Un fin no emerge teleológicamente, sino estimativamente. Hartmann, que tan largamente ha tratado de los tres primeros elementos de la estructura teleológica,²¹ insiste convincentemente en esto y después de señalar que la estructura comienza con un salto sobre el tiempo para erigir el fin, destaca la construcción de retroceso en el tiempo que sobreviene, articulando mentalmente medios desde el fin proyectado hasta llegar a la situación actual, para recién poner en movimiento estos medios como causas eficientes desde la situación actual hasta que produzcan el fin, de acuerdo a lo previsto. La escueta erección del fin alude, pues, no a una relación teleológica, sino a una relación —que es asunción— estimativa. La expresión teleológica corresponderá al complejo conjunto.

¹⁹ NATORP, *Pedagogía Social*, pág. 55, (Madrid, s/f., La Lectura). CROCE, *Filosofía della Practica*, pág. 220, (Bari, 1923, Laterza). N. HARTMANN, *Ethics*, I, 271 y III, 73, (London, 1932, Allen & Unwin). GOBLOT, *La logique des jugements de valeur*, pág. 34 y 31, (París, 1927, Collin). KELSEN, *La Teoría pura del Derecho*, pág. 61. (Buenos Aires, 1941, Losada). F. KAUFMANN, *Metodología de las ciencias sociales*, pág. 107, (México, 1946, Fondo de Cultura Económica). KELSEN, *General Theory of Law and State*, pág. 7, (Cambridge, 1945, Harvard University Press). A. MÜLLER, *Psicología*, pág. 263 a 282, (Buenos Aires, 1941, Espasa-Calpe).

²⁰ DANIEL CHRISTOFF, *Le Temps et les Valeurs*, pág. 32, ed. cit.

²¹ NICOLAI HARTMANN, *Ethics*, III, págs. 73 a 86 (ed. cit.).

Posterguemos por un momento la consideración del cuarto elemento de la estructura teleológica completa —ese valor humano que tiene la conducta desarrollada en la articulación conjunta de los tres elementos precedentes—. Si este último elemento fuera el objeto específico del conocimiento del jurista, como verificaremos más adelante, se advierte desde ya por qué el jurista tiene que apoyarse en los tres primeros, a saber: porque el cuarto elemento es inmanente a los otros y no existe sino sobre la existencia de los otros; pero al propio tiempo también se advierte que la relación que encuentre entre estos últimos (sea causal, sea teleológica), no le va a dar de por sí el conocimiento que busca, que se refiere a otra cosa. Pero quede todo esto para más adelante.

El análisis efectuado hasta ahora nos permite apreciar que con la frase “uso lentes para ver mejor”, sintetizamos o expresamos en una sola proposición, dos cosas: la asunción valorativa de nuestra voluntad y la relación causal-mecánica de los medios a los fines. La forma teleológica de decir “uso lentes para ver mejor”, no es un pensamiento simple, porque equivale a la suma de “uso lentes porque quiero ver mejor” y “porque uso lentes, veo mejor”.

Con esto ya podemos apreciar la magnitud del error en que está la concepción de la teleología dominante entre los juristas. En efecto, esta concepción tradicional sobreentende que la estructura teleológica consiste en la relación (ella precisamente teleológica) de los medios a los fines. En lo cual hay un doble error, primero, porque la relación entre medios y fines es sólo una parte de la estructura teleológica, pero no toda la estructura; y segundo, porque la relación entre los medios y los fines no es ella misma teleológica, sino rigurosamente mecánico-causal.

Transportemos ahora este análisis al clásico ejemplo de la compra-venta que hemos tomado como punto de partida. Hablando todavía con expresiones teleológicas, la doctrina dominante representa así el acto contractual del comprador: “pago el precio para recibir el automóvil”, en donde, según dijimos, para el comprador, el precio es el medio y el automóvil es el fin. En cambio, nosotros decimos que la representación correcta del acto contractual del com-

prador, es al revés: “recibo el automóvil (medio), para entregar el precio (fin)”.

Dejemos de lado el acto estimativo de la voluntad de C comprador, también incluido en estas enunciaciones teleológicas, de cuyas resultas emerge el fin de C, cualquiera fuere. Este acto estimativo de la voluntad consiste, primariamente, en descubrir el valor del dinero por el comprador que lo entrega; aunque dicho valor se escapa fácilmente al análisis debido a la circunstancia de ser un valor de cambio, de modo que al superponerse, con equivalencia, al valor del automóvil, sólo se atenderá después a este último valor.

Transponiendo, pues, la enunciación teleológica a su equivalente causal-mecánica, en la referencia limitada a C que retenemos bajo consideración, tendríamos las siguientes equivalencias:

DOCTRINA DOMINANTE

Enunciación teleológica. Entrego el precio para recibir el automóvil, o sea:

Enunciación causal: Porque entrego el precio, recibo el automóvil.

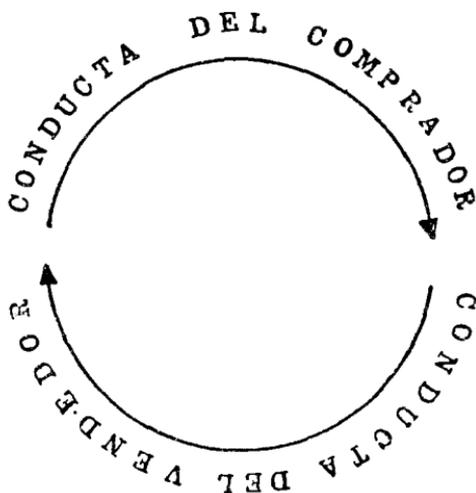
DOCTRINA EGOLÓGICA

Enunciación teleológica: Recibo el automóvil para entregar el precio; o sea:

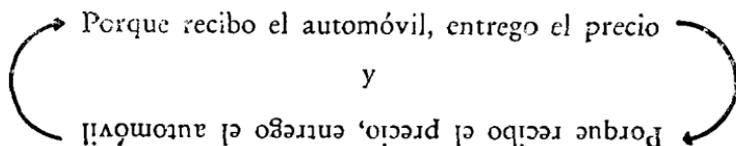
Enunciación causal: Porque recibo el automóvil, entrego el precio.

Nuestro problema consiste en verificar cuál de estas dos posiciones doctrinarias describe realmente el acto que ejecuta el comprador, en lo que a los medios y fines concierne. Para elucidar esta cuestión hemos de tener presente que el contrato de compra-venta, por estructura, consta del acto del comprador y del acto del vendedor, dispuestos entre sí de tal modo que ambos forman un círculo cerrado, con un

acto a continuación del otro en perfecto ajuste y contigüidad, más o menos como podría representarlos la siguiente figura:



Ahora bien, la tesis egológica:



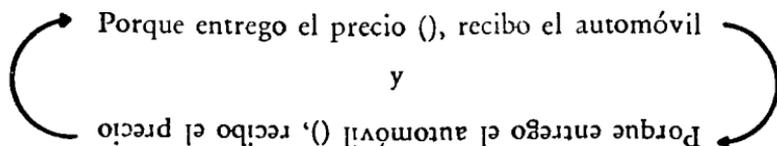
se ajusta a ese esquema estructural sin residuos ni hendiduras, ya que cada uno de los dos enunciados describe lo que hacen respectivamente el comprador y el vendedor como una continuidad, como un sólo trazo de voluntad, sin interrupciones, es decir: como *un acto simple* del comprador (y otro tanto del vendedor), siendo de notar precisamente que así, como actos simples, se fenomenaliza la voluntad. Estos actos simples son simples no porque carezcan de partes o momentos sino porque dan una sola conglobación intencional como referencia unitaria del papel que cumplen en la actuación correspondiente. Con la tesis ego-

lógica vemos a la conducta del vendedor *antes y después* de la conducta del comprador (y, recíprocamente, a la conducta del comprador *antes y después* de la conducta del vendedor), de modo que el enunciado correspondiente aprehende la conducta del comprador —y sólo ella— desde que comienza hasta que concluye, con toda pureza y fidelidad.

No ocurre lo mismo con los enunciados de la doctrina tradicional y por eso no podríamos llenar con ellos el esquema estructural más arriba dado. Pues, en efecto, la frase:

Porque entrego el precio (), recibo el automóvil

enuncia cortado el curso de la voluntad del comprador con el acto sobreentendido del vendedor, a saber: la *entrega* del automóvil, en el lugar señalado con el paréntesis. El comprador no puede recibir el automóvil antes de que el vendedor se lo entregue; es decir, que la enunciación tradicional, a pesar de su designio, no describe la sola voluntad del comprador en la simplicidad de su acto, sino que la corta y complica con un sobreentendido espurio en ese momento. La doctrina tradicional no ve la conducta del vendedor antes y después de la del comprador, sino que la infiltra en el medio de ella mediante una hendidura que introduce de contrabando (y otro tanto acontece inversamente respecto de la conducta del vendedor), de modo que si ponemos las enunciaciones tradicionales llenando el esquema circular de la compra-venta, saltan a la vista dos cosas: 1) que cuando habríamos de referirnos a la conducta del comprador, no nos referimos sólo a ella, y cuando a la del vendedor, tampoco sólo a ella, en razón de las hendiduras que se acaban de denunciar; y 2) que no se hace círculo ninguno con ambas conductas debido al absurdo de que cada enunciado está *precedido* por un acto del otro contratante que ópticamente es *ulterior*:



donde se ve que “recibir el precio” aparece antes que “entregar el precio” y “recibir el automóvil” antes que “entregar el automóvil”; todo lo cual es ópticamente un absurdo del sentido conceptual que se deseaba expresar.

Es claro que no interesa qué se entrega de hecho primero, si el precio o la cosa vendida, porque tanto puede ser lo uno como lo otro. Pero interesa, sí, el invariable sentido conceptual que tienen estas entregas, por estructura. Esto es lo que quedó representado en el esquema circular que hemos utilizado y en él es donde no encuentra verificación la doctrina dominante. Haciendo mía la correcta glosa que ha hecho de este pasaje un joven jusfilósofo argentino, don Adolfo M. Llamedo, habría que comprender que, bajo el presupuesto de que vender y comprar son dos actos recíprocos y complementarios, el sentido de cada uno de los cuales se integra con el del otro, vender significa entregar una cosa y comprar significa entregar dinero. Ya en el lenguaje común se sabe que vender es entregar una cosa; pero allí se entiende que comprar es recibir una cosa. Sin embargo es obvio que esto último no describe el comprar desde el mismo punto de vista que se ha tomado para describir el vender, debido a que se ha sustituido la referencia al valor del dinero por la referencia al valor de la cosa en razón de la naturaleza cambiaria de aquel valor. Manteniendo, como corresponde, el mismo punto de vista descriptivo para aludir al vender y al comprar, no hay más remedio que ver al vender como la entrega de una cosa y al comprar como la entrega de dinero, integrándose en forma recíproca y complementaria aquel presupuesto que se señaló como punto de partida.

Aclarado el carácter causal de la relación entre medios y fines, verificada la tesis egológica con el análisis precedente y aclarado también que aquella relación sólo es un fragmento de la total estructura teleológica, podemos comprender bien ahora la importancia que tiene el determinar cuál es el momento postrero de un acto de voluntad en lo que a su significación conceptual —no, pues, de hecho— se refiere, porque al momento postrero le corresponde el papel de fin en una serie causal. Los análisis siguientes espigarán sobre éste y otros temas para robustecer y completar las conclusiones que ya hemos alcanzado.

Volvamos al ejemplo inicial de la compra del automóvil. En contra de la opinión dominante entre los civilistas, nosotros decimos que lo que el comprador *C quiere* es entregar su dinero; esta es la finalidad de su comportamiento contractual que con ello llegaría a su término. Pero si *C* elige como finalidad de sus actos la entrega de su dinero, es porque *previamente* esta entrega ha sido por él estimada como valiosa o conveniente. Acá se advierte, entonces, que la entrega en propiedad del automóvil por el vendedor *V* es lo que hace valiosa para *C* la entrega de su dinero, porque éste no lo entrega de filántropo sino a cambio del coche; con lo que la recepción del vehículo es, respecto de *C*, el medio adecuado para la entrega del precio por parte del mismo. “Dadme el automóvil (medio) —dirá el comprador— y yo entregaré el precio (fin realmente querido por *C* y cuyo carácter de acto *postrero* o *final* de su comportamiento contractual hace ver que ese acto no juega como medio sino como fin en la causación teleológica).

En homenaje a la brevedad no duplicaremos el análisis respecto del vendedor *V*, donde la relación se invierte y donde el acto postrero de su comportamiento contractual es, para él, la entrega del automóvil. “Dadme el dinero —dirá el vendedor— y yo entregaré el coche”. Todo esto es tan simple como el planteamiento tradicional, pero le lleva la ventaja de la claridad que le presta la intuición, porque confirmamos, en efecto, examinando nuestra directa experiencia personal, que yo (comprador) quiero entregar mi dinero como término de mi comportamiento contractual y que la recepción del objeto comprado juega como medio eficiente *para que mi querer sea aquél*. Conocida es la diferencia psicológica entre la voluntad y el deseo: se puede desear actos ajenos, pero no se puede querer actos ajenos; únicamente los actos propios pueden ser queridos.²² En tal sentido, como la relación teleológica se articula en

²² Puede consultarse A. PFANDER, *Fenomenología de la Voluntad* (Madrid, 1931, Ed. Revista de Occidente); pero la distinción ya ha llegado a los buenos manuales, por ejemplo LUIS JUAN GUERRERO, *Psicología*, págs. 306 y 313 (Buenos Aires, 1939, Losada S. A.) o A. MÜLLER, *Psicología* pág. 185 (Buenos Aires, 1944, Espasa-Calpe). Ver lo que dice JULIAN MARÍAS en su *Introducción a la Filosofía*, pág. 260, ed. cit.

la esfera de la voluntad o querer, se hace ahora conceptualmente claro aquello que la intuición nos muestra, a saber: que la entrega del dinero por el comprador, es lo que el comprador quiere como fin de su comportamiento contractual. Y de ninguna manera tiene claridad intuitiva la tesis tradicional de que la tradición del automóvil sea el fin del querer del comprador (aunque lo desee, pues el vendedor puede muy bien no querer la venta), no sólo porque la entrega del automóvil es un acto ajeno, sino porque lo único que se ve en la experiencia con directa inmediatez, es que de mi voluntad depende la entrega del dinero y que esto está al término de lo que es mi real comportamiento contractual.

Pero antes de seguir con el análisis, hemos de aclarar otra cosa. Hemos dicho —y es obvio— que la postulación de un fin reposa en un previo juicio de valor positivo que colorea al fin; y que la articulación teleológica de medios se hace después del establecimiento del fin. En este sentido quizá sorprenda la modalidad que toma el juicio de valor en el ejemplo de la compra-venta que acabamos de analizar, donde al parecer el juicio de valor de C se origina en los medios (tradición del automóvil), ya que dijimos que la entrega del automóvil es lo que hace valioso para C su fin (la entrega del precio). Pero esta superposición entre los medios y el valor del fin, es del todo accidental; es típica de los contratos con prestaciones recíprocas, debiéndose precisamente a la reciprocidad semejante superposición entre la tradición del automóvil y el valor del dinero, superposición que tiene lugar en cuanto que el valor intrínseco del automóvil equivale al valor intrínseco del dinero; y cosa, este valor del dinero, sin la cual no tendría sentido finalista la entrega del dinero. Por eso siempre cabe distinguir entre la recepción del automóvil por C como acto-medio y el disfrute del mismo como el valor de su acto-fin. Pero no bien consideráramos un contrato unilateral, o un acto jurídico como el testamento, veríamos, sin confusión aparente, el juego autónomo y previo que siempre desempeña el juicio de valor en cuanto que fundamento de la relación teleológica. Así, si yo quiero donar un hospital (fin), es previo que haya encontrado valioso este acto por el alivio que dará a los sufrimientos ajenos (valor), aunque para

donarlo tenga que hipotecar mi casa (medio): Aquí, la hipoteca no es lo que hace valiosa mi donación; no hay, pues, superposición entre el medio y el valor del fin.

Y bien, con esto queda dicho que la relación teleológica, con ser la base de la teoría civilista de la causa, está por ella concebida con error total, puesto que la representación que se hace de esa relación es justamente la contraria de la que corresponde hacer. En el ejemplo que hemos utilizado de la compra-venta entre C y V, la entrega del precio por C no es el medio, ni la entrega del automóvil es su fin, considerándolo como *comprador en ese contrato*. La verdad es precisamente lo contrario: la aceptación del automóvil que se le entrega es el medio y la entrega que efectúa de su dinero es su fin. Pero anunciamos más arriba que algo muy principal dejó olvidado la doctrina causalista dominante en materia civil. Y ahora es el momento de verlo, en conexión con esto.

¿Significará todo lo anterior que yo tan sólo puedo desear ser propietario de un automóvil, pero que en rigor no puedo querer semejante cosa? De ninguna manera, pues si mi querer viene a decir aquí que quiero usarlo, disponer de él y disfrutarlo, es decir, ser propietario de verdad en el sentido que esta palabra traduce un hecho de experiencia, es claro que la expresión es correctísima porque todas aquellas cosas son actos propios y puedo, por consiguiente, quererlas y ponérmelas como fines de mi voluntad.

Cabe hablar, entonces, no ya, como antes, de los fines en juego en la compra-venta (que es una figura jurídica contractual), sino de los fines en juego en otra figura jurídica diferente, a saber, en la propiedad. Hablando de la propiedad del automóvil —y no de su compra-venta—, es cierto que mi posesión del coche (fusionada con su entrega por el vendedor) es el fin inicial de mi comportamiento de propietario, siendo el valor el placer que con él pueda proporcionarme. Pero —y acá lo importante—, ¿cuál es el medio de ese fin inicial?

No diremos ingenua y fragmentariamente que el medio es mi dinero de comprador, porque salta a la vista que el medio es el contrato de compra-venta cumplido, *en su conjunto*, dentro de la validez legal de sus efectos. Medios son, pues, a un tiempo, mi dinero y el vehículo, ya que ambos

se han unido formando una estructura unitaria por el contrato de compra-venta. Querer ver el medio únicamente en uno de los componentes de este compuesto, ya inseparables, sería una arbitrariedad parecida a la de quien no quisiera reconocer que es el agua la que aplaca nuestra sed, alegando que la aplaca sólo el oxígeno que en ella está como componente.

Antes mostramos el error de la concepción civilista de la causa teleológica. Ahora podemos explicar la desviación que ella, además, contiene en esa pretendida evidencia inicial con que presenta el problema. En efecto; se pregunta por la causa teleológica de la obligación del comprador en la compra-venta de nuestro ejemplo. Esto circunscribe el alcance lógico de la pregunta al ámbito de la figura contractual en cuestión (compra-venta). Y se responde con algo (la posesión del automóvil) que está ligado a la finalidad inicial de mi comportamiento, sí, pero de otra figura jurídica (la propiedad), la que no por estar a contigüidad del contrato, deja menos de ser un ámbito lógico extraño a aquél de donde la respuesta debería provenir. El problema era la teleología en el contrato; no la teleología del contrato. El error de conceptualización determina que no se vea que la finalidad del comprador es su entrega del precio. Y la contigüidad o consecutividad jurídica en que se encuentra la propiedad del automóvil respecto del contrato de compra-venta, hace que se tome un elemento integrante de la finalidad del propietario como finalidad del comprador. Nuestro análisis, en su segunda parte, ha confirmado la vieja verdad de que el contrato de compra-venta es un medio para adquirir la propiedad. Pero no es esta vieja verdad lo que planteaba la doctrina teleológica de las obligaciones, aunque sea con esto con lo que venga a responder sin querer a su tan diferente intención. En efecto; no preguntaba por la causa teleológica o finalidad del contrato de compra-venta realizado por C (algo, pues, *por fuera* o más allá del contrato), sino por la finalidad o causa teleológica en la obligación de C *dentro* del contrato de compra-venta que realiza. Y es claro que esta pregunta está mal planteada porque la obligación misma de C (el pago

del precio) está ubicada en papel de finalidad en la relación que a él concierne. *Dentro del contrato*, sólo se podría haber preguntado, respecto de C, por la finalidad o causa teleológica del medio de C, es decir, por la finalidad jurídica de la aceptación del automóvil por parte de C, que lo acepta *para pagar el precio*.

Puesto ya en su lugar el problema teleológico, sólo nos resta recordar que el conjunto de estas relaciones psicológicamente finalistas están fundadas y coloreadas por un previo juicio de valor. Y esto de por sí nos aclara que también aquí el problema del jurista consiste en la comprensión del sentido de estos actos así entrelazados y fundados. Las escuetas relaciones teleológicas conscientes no podrían ni siquiera constituirse sin el juicio de valor fundante; y si pudieran hacerlo, de por ellas mismas ninguna comprensión de sentido podrían darnos. Serían, para esto, tan mudas y opacas como las relaciones teleológicas de la vida orgánica o las que presiden los actos de un sonámbulo. Ya hemos visto acá que la tradición del automóvil por el vendedor hace valiosa la entrega del precio para el comprador dentro del contrato, en cuanto que al valor del dinero, como punto de partida del comprador, se le superpone en coincidencia el valor del automóvil; o que el placer de pasear en automóvil hace valiosa la posesión del mismo, no ya dentro del contrato, sino dentro de la figura "propiedad" en su momento inicial; o que el alivio de los sufrimientos ajenos hace valiosa la donación del hospital dentro de este contrato.

Pero acá ha de insistirse que no son estos valores (ni el del dinero para el comprador, ni el placer de pasear en automóvil para el propietario, ni el alivio de los sufrimientos ajenos para el donante, etc.), los que nutren la comprensión del jurista cuando éste busca el sentido de la compraventa, la propiedad o la donación como fenómenos jurídicos, sino otros valores que emergen indisolublemente a la par de aquéllos y en forma originaria y directa en tales circunstancias. Son los valores de los actos mismos en cuanto que valores de conducta bilateral (cuarto elemento de la estructura teleológica completa enunciada anteriormen-

te). No se trata, para el jurista, del valor que califica al dinero del comprador, al automóvil del propietario o al hospital del donante; sino del valor que como orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia tiene la conducta que los contratantes o el propietario han actualizado en torno al dinero y el automóvil, al realizar su compra-venta, por ejemplo. Este es el meollo del sentido que quiere desentrañar el jurista; es decir, comprender qué valen como orden, paz, justicia, etc., los actos en sí mismos de los contratantes y respecto de los cuales el valor del dinero o del automóvil o del hospital, *junto con otras cosas más*, son elementos mediatos que cooperan a tal determinación, pero no más que cooperan porque todas estas cosas únicamente conciernen al substrato que ellas configuran por ser la forma sensible de la conducta; no, pues, deciden ni contienen en sí aquella determinación, porque siendo, los suyos, valores *de conducta*, sólo en la conducta están contenidos y no afuera de ella en sus formas externas. Por eso lo originario para nuestro problema es la valoración jurídica, a saber: porque hagan lo que hicieren los contratantes y sean cuales fueren las valoraciones teleológicas que los mueven a actuar de una determinada manera, no depende ni de lo uno ni de lo otro el que tengan que actuar; y ya este actuar tiene un valor propio como conducta, que no es el valor del automóvil, ni el del dinero, ni el del hospital. El hombre tiene que actuar por la sola y sencilla razón de que es hombre: su ser es su conducta. Y en esto vemos que los valores que guían y sostienen al jurista en su comprensión específica, siendo inmanentes a la conducta, ni se originan en la teleología, ni ésta los puede procurar porque el valor que califica a los fines está, igual que los fines mismos, trascendiendo o más allá de los medios en cuanto a la fundamentación que suministra; en tanto que los valores de conducta, con su inmanencia en la conducta, envuelven *por igual y al mismo tiempo*, a los medios, a los fines y al valor de los fines, envolviéndolos en la relación de lo expresado (sentido de los valores de conducta) y la expresión (los medios, los fines, el valor de los fines, y otras cosas más en cuanto todo esto sea, como substrato, una totalidad sucesiva, un tramo unitario de conducta). La



relación hermenéutica de la expresión a lo expresado es fundamental para entender el Derecho como cultura.

Por último, diremos que no de manera diferente aparecen y juegan los valores jurídicos en la esfera penal y en todo el ámbito del Derecho. Son valores de la conducta. Por eso es irrelevante que el causalismo penal no contemple al delito en relación teleológica sino mecánica; de todas maneras, lo que interesa es comprender que el delito, como el hospital en la donación, es el perfil externo o forma sensible de una conducta, como veremos más adelante. La unidad del conocimiento jurídico en ambas esferas, radica y se hace sobre la valoración jurídica que va dando la guía o el hilo conductor de la comprensión del caso de experiencia, el que siempre es un caso de conducta y no puede ser otra cosa. Precisamente esto es lo que impide confundir nuestra descripción de la teleología en el contrato con la tesis anti-causalista al modo de Planiol, por ejemplo. En efecto, estos autores llaman objeto del contrato, respecto de cada contratante, a la prestación que a cada uno le incumbe; así, para el comprador C de nuestro ejemplo, lo sería la entrega de su dinero; y entienden que basta considerar la licitud o ilicitud del objeto para derivar de allí la invalidez o nulidad del contrato, etc. Como nosotros hemos demostrado que la prestación es la finalidad obligacional del contratante dentro del contrato, parecería que la tesis egológica llega a la misma posición que la tesis anti-causalista, aunque por vía teleológica. Sin embargo, ha de observarse que, por atrás de esta coincidencia paradójica y parcial, corre el hecho de que los anti-causalistas se detienen en la norma (el contrato) y los contenidos dogmáticos por ella enunciados (el dinero y el valor del dinero o el automóvil y el valor del automóvil), en tanto que la tesis egológica pasa a la conducta y al valor de la conducta mentada por el contrato, de la cual las prestaciones son apenas sus perfiles o formas sensibles.

Es claro que, por el contrario, con nuestra referencia a la conducta, la tesis causalista se sentirá más próxima a la tesis egológica que la tesis anti-causalista, al revés de lo que pasaba cuando se anotó la coincidencia entre teleología y objeto del contrato. Pero, en rigor, bien analizadas las cosas, nada cuesta ver la verdad: en la tesis egológica no

hay ni causalismo ni anti-causalismo, sino hermenéutica de la persona actuante. Causalismo y anti-causalismo discuten modelándose sobre una inexistente relación ella misma teleológica desligada de la estructura teleológica; en cambio la hermenéutica egológica discurre modelándose sobre la estructura teleológica completa; lo que no es lo mismo.

Que el jurista, pues, no pida una causa para hacer jurídicamente inteligible a un acto humano, sino que lo empreña axiológicamente en forma objetiva. Es decir, primero que capte o establezca su inmanente sentido efectivo en cuanto que orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia; y luego que a esta comprensión la exprese mediante una circunstancia general enunciada o no enunciada por la ley, pero específicamente dentro de las posibilidades de ésta, con objeto de que los demás, tomando a esta circunstancia como punto de vista, puedan colocarse en el ángulo de perspectiva adecuada para recrear su valoración. Si así se verificase, a través de múltiples actos recreativos de los jueces y juristas con vocación de justicia, la existencia de una correspondencia suficientemente aproximada entre ese sentido axiológico asignado como conocimiento al acto en cuestión y la mejor posibilidad infraestructural de entendimiento societario que el mismo acto podría comportar, nuestro problema estaría resuelto para la ciencia, es decir, en el ámbito del Derecho positivo, como un valor positivo empírico.²³ Pero si por el contrario la verificación comportase un signo desvalioso para el entendimiento societario, habría que buscar, siempre a través de las correspondientes normas consecutivas, el eventual signo valioso destinado a compensar, al menos en parte, como justicia positiva, el desvalor efectivamente acaecido.

²³ No entramos a tratar aquí qué es el entendimiento societario como justicia, ni tampoco cuanto cuenta la estimativa social predominante del pensamiento adulto, en los momentos de normalidad social, para avalar aquella asignación; o al revés, la estimativa del auténtico revolucionario —cosa que está en las posibilidades de un buen juez el serlo dentro de sus funciones— en los momentos de crisis social. Para estos aspectos de la problemática remitimos al lector al Cuaderno Nº 11 de la presente colección titulado *La Justicia y el Derecho Natural* y, por cierto, a nuestro libro de próxima publicación *Teoría de la Justicia*.

14) Examen del matrimonio como fenómeno jurídico

Una sentencia muy reciente de la Cámara I de Apelaciones de Mar del Plata,²⁴ permite ilustrar acabadamente mi tesis con un ejemplo tomado de la realidad. El ejemplo es particularmente apropiado porque se refiere a un caso frecuente para los jueces, estando argumentado con un lugar común en esta clase de fallos. Y como los civilistas han terminado por comprender que su problema de la causa se emplaza mejor como causa en las obligaciones que no como la causa en los contratos, y mejor todavía como causa en los actos jurídicos que no como la causa en las obligaciones, se puede ilustrar el tema de este capítulo, sin ningún inconveniente, con el fallo de referencia.

En esto va en juego la interpretación *jurídica* del matrimonio como teoría científica integrante de la ciencia normativa de los juristas. Predomina en ellos el intento obsesivo de dar una *comprensión* sexualista de aquella institución. Sin embargo es obvio que no cabe una teoría jurídica unificadora dentro de este punto de vista, porque los límites propios de la noción sexualista dejan a extramuros de ella numerosos y bien conocidos ejemplos de la experiencia jurídica, amén de otros no menos evidentes y conocidos que el moralismo de los autores prefiere silenciar a título de ser aberrantes. Pero una teoría que carezca de aquella unidad omnicomprendiva de la experiencia, deja de valer, según la Lógica, como teoría. Es así que, tanto por las numerosas excepciones con que ella se integra como por los voluntarios silencios con que se rellena, la teoría sexualista del matrimonio fracasa como comprensión de la experiencia jurídica en la medida en que también están en la experiencia jurídica aquellas excepciones y aquellos silencios.

La unificación teórica omnicomprendiva de la experiencia jurídica requiere que ésta, sin residuos, toda entera, pueda ser tomada, como perspectiva correcta, desde la fundamentación elegida; de tal manera que no quepa hablar de excepciones como de un abandono o de una negación de

²⁴ Ver revista LA LEY, t. 129, Nº de registro 59.329, de fecha 31 de octubre de 1967.

aquel fundamento. Las aparentes excepciones, para dejar de serlo —tienen para ello su título teórico en su pertenencia a la misma experiencia—, han de corresponderse con el fundamento, dentro de una misma perspectiva, sólo como la comprensión de otras situaciones —no interesa ahora si valiosas o desvaliosas—, pero siempre como la comprensión —la misma comprensión— del sentido de ellas; nunca como el abandono ocasional o la negación inexplicable del fundamento destinado a dar cuenta de la experiencia en cuestión.

Es el caso de un matrimonio juvenil. Los contrayentes tienen, ambos, 21 años de edad al contraer nupcias, después de 4 años de noviazgo. Se casaron en 1957; pero el marido, después de tres años, demanda a su esposa por nulidad del matrimonio, fundándose en la impotencia psíquica de ella para el acto sexual y tras de haber ensayado inútilmente, en ese interín, con el auxilio incluso de un psiquiatra de prestigio, que la esposa superase su deficiencia mental “de personalidad infantil no evolucionada o desarrollada en lo relativo a su aversión por el acto sexual”.

Por la prueba ha quedado bien establecido que “la cónyuge se resistió terminantemente desde un principio a consumar el acto sexual, manifestando su repugnancia al mismo con gritos *desesperados y huida del lecho conyugal*”. También se rinde prueba que la unión sexual de los cónyuges no se habría realizado en forma satisfactoria, pues la esposa sólo presentaba varios rastros de desfloración parcial “por causa del esfuerzo del cónyuge en sucesivos intentos que no pasaron de ello pero no llegaron a configurar la posesión total de la mujer”: la demandada ha reconocido su repulsión por el acto sexual, actitud que ha mantenido durante los tres años de casados y que ella explica por lo doloroso que la realización del coito le resultó en la noche de bodas, en que, alarmados, ambos hubieron de recurrir incluso a un médico. Además, las dos médicas peritas designadas durante el período de prueba concuerdan con el testigo psiquiatra sobre el carácter psíquico de la impotencia de la demandada.

El juez de 1^a Instancia rechazó la demanda con fundamentos axiológicos paternalistas de este tipo: “Al tenor de las precedentes consideraciones, deben entender los cónyug-

ges que ambos deben poner de su parte todo lo humanamente posible para hacer surgir entre los escombros un renovado amor basado en la comprensión mutua de sus problemas. Deben ir a buscar en sus mismas raíces los fundamentos de una aversión sexual. El marido debe acordarse continuamente de respetar a su mujer por encima de todo, convencido de que la alcoba será para ella una escuela de pudor o un campo propicio para la lubricidad. La mujer debe ver en el acto sexual algo más sublime que el placer mismo, debe ver en él el elemento físico necesario para que se opere la plenitud del matrimonio, purificándolo y armonizándolo con las demás fases de la naturaleza humana. La niña que juega con las muñecas, es ya una madre en potencia; ése es el instinto que debe sacar a luz la demandada, para encontrar en ello, en lo espiritual y en lo físico, la verdad del matrimonio”.

El Tribunal de Alzada revocó esta sentencia y decretó la nulidad del matrimonio poniendo especial énfasis, por tres veces, en este argumento teleológico: “Si el objeto del matrimonio es la unión a los efectos de la reproducción, el vínculo legal debe desatarse cuando la relación sexual es imposible; así lo exigen los intereses fundamentales de la sociedad y los muy sagrados de la persona defraudada al celebrar el matrimonio. Cuando dos personas se unen en matrimonio es para cumplir el débito conyugal con miras a la procreación, finalidad esencial del matrimonio”. “Va de suyo —como expresa el Sr. Agente Fiscal— que el objeto de la ley es proteger el acto sexual completo y apto para su finalidad natural y no la angustiosa y lamentable aproximación que llegaban a protagonizar los jóvenes de autos”.

La sentencia de 1^a Instancia está, obviamente, al margen de la realidad. Para mantener y sostener su personal trasfondo axiológico, el juez tiene que afirmar, como lo hizo, que “indudablemente el matrimonio se consumó”, por más que una consumación de esta laya habrá de mover a risa a todo hombre y a toda mujer normales.

La revocatoria de la Alzada haciendo lugar a la nulidad del matrimonio por la causal de impotencia de la esposa es justa; como solución jurídica se impone axiológicamente de por sí a la comprensión directa de cualquier persona con

sentido común. Pero incurre en ostensible error con el intento de explicitar, como fuerza de convicción, el específico valor jurídico en juego, invocando, para tal efecto, la finalidad procreativa del matrimonio o la protección del acto sexual completo, exaltados retóricamente con los conocidos estribillos de “los intereses fundamentales de la sociedad y los muy sagrados de la persona defraudada”.

Obviamente, frente a un matrimonio sin hijos, ningún juez argentino pretendería hallar en ello un fundamento *axiológico* para disolver el vínculo matrimonial. Tampoco sostendría semejante pretensión frente a un matrimonio celebrado con una mujer que ya hubiere traspuesto la menopausia o a uno entre dos cónyuges ancianos. Y todavía se puede traer a cuento los casos de matrimonio “in extremis” o los de la persona senil que se casa con otra apenas adolescente. En todas estas hipótesis no se trata de la importancia, acaso suprema, que tiene la consagración legal de tales hipótesis como causal eventual de divorcio o de nulidad de matrimonio, sino de la fuerza de convicción que a la consagración legal puede acompañar o no.

En este sentido no tiene mejor suerte como fundamento —aunque está mejor orientada— la idea, expresada por el Agente Fiscal y aceptada por el Tribunal de Alzada, de que “el objeto de la ley es proteger el acto sexual completo”. Si consideramos las hipótesis de un matrimonio renunciante o de uno aberrante, el referido fundamento, como fuerza de convicción, tendría que operar por la disolución de estos matrimonios aún en contra de lo que la ley positivamente programare como proyecto vital. Para hacernos cargo del problema de un matrimonio renunciante, no es necesario pensar en el caso extremo —sin duda que irregular y ofensivo— de aquellos cónyuges dispuestos a acompañarse pero conservando su castidad por virtud; basta pensar en el caso —defendido por más de un teólogo sobre la base de un clásico texto paulista²⁵— de los cónyuges que podrían imponerse recíprocamente la suspensión

²⁵ *Corintios*, I, 7:5- “No queráis defraudaros el derecho recíproco, a no ser por algún tiempo de común acuerdo, para dedicaros a la oración: y después volved a cohabitar, no sea que os tiente Satanás por vuestra incontinencia”.

de toda actividad sexual una vez que estuviere lograda la preñez de la esposa. Los matrimonios aberrantes son bastante frecuentes; por ejemplo el de una lesbiana y un invertido conocedores de sus respectivas inclinaciones, donde los cónyuges llegan al matrimonio libres de compromisos sexuales, acaso sólo para protegerse así de la maledicencia vecinal o para aunar mejor sus esfuerzos en alguna empresa común.

Al mismo resultado axiológicamente paradójal, aunque en sentido inverso, se llega con el referido fundamento protegiendo ahora el matrimonio contra su disolución, en la hipótesis de la esposa que, alterada por su furor uterino, pretendiese todos los días y por todos los medios, practicar y reiterar con su marido el acto sexual, objeto, en la hipótesis, de la protección legal.

Al argumentar con estos ejemplos no desconozco, claro está, que la inmensa mayoría de los matrimonios se celebran entre gente joven y de sexualidad normal. Pero los casos que no se inscriben dentro de esta doble normalidad, son también numerosos. Y como el juez debe darles solución a todos ellos, tengan la modalidad que tuvieren, basta con que se aboque a uno solo de anormal perfil para tener ya ante sí toda la problemática del tema. Pues si hubiere una ciencia normativa del Derecho, no se trata de resolver los casos de cualquier manera con tal de darles una solución —acaso resolviéndolos a todos por igual con un único criterio normativo, realizando la misma tarea que podría serle confiada a una computadora electrónica—, sino que se trata de resolverlos bien. Si el juez fuere un buen juez dará a cada uno su adecuada solución; y resolverlos bien a todos ellos, no es resolverlos a todos de la misma manera de acuerdo a un exclusivo canon, sino resolverlos contemplando en cada uno de ellos el sentido inmanente que cada uno tuviere por lo que su autor y su situación fueren, si bien alojando cada caso —lo que en primer término significa expresarlos verbalmente con el lenguaje normativo vigente— en el mejor esquema existente que, como proyecto coexistencial, pueda acoger a semejante sentido con coherencia e impleción.

Este planteamiento explica satisfactoriamente por qué los buenos jueces, cuando afrontan un caso que de alguna ma-

nera se presenta ajeno a la normalidad expresada por las normas generales, no se limitan a invocar la norma elegida como solución para subsumirlo en ella, sino que buscan de hacer explícita —no importa si bien o mal orientados, si con correcta o incorrecta conceptualización— la peculiaridad axiológica inherente al caso mismo con que éste, *como experiencia*, directamente se presenta. Y la teleología, según estamos viendo, ha nutrido en falso esta inexcusable apertencia empírica del conocimiento jurídico. Solamente cuando el caso que tenemos para resolver fuere un caso normal en todo sentido, sólo entonces la norma general donde lo subsumimos nos da la apariencia de bastar por sí misma como fundamento de una correcta solución jurídica; y ello es así porque al coincidir la normalidad —por fuerza mayoritaria en número— de los casos empíricos con la generalidad de la expresión normativa, va admitido en forma latente, como un supuesto que se vive sin fricción paralelamente a la expresión normativa, aquel sentido axiológico inherente a la propia realidad de conducta de que se hace mención —esta vez sin desajuste ocasional— con la norma. En estos casos se habla por ello de “leyes claras” y de una aplicación lisa y llana de estas leyes. Aquí, al coincidir la normalidad de la experiencia jurídica con la generalidad del pensamiento normativo, resulta redundante darle al fundamento una doble versión y hay la apariencia de una indiferencia técnica por una u otra (la versión fenoménica que es axiológica y la versión conceptual que es normativa); por lo cual la apariencia toma el aspecto de que sólo subsiste un problema de orden y de poder, es decir, de decisión acerca de cómo salir del paso. Con esto, la expresión normativa, siendo ella misma el producto de un acto de poder, queda en ventaja como versión más inteligible en tales coyunturas.

Y bien; volviendo al problema de la sentencia bajo análisis, es ahora fácil de ver que el valor jurídico puesto en crisis por la conducta de la esposa era la paz. No es necesario desplegar ninguna clase de retórica para comprender que no había paz conyugal, ni podía haberla, para ese joven marido enamorado de su esposa y deseoso de poseerla. La repetición de la escena cada noche, acumulando momentos exasperantes y deprimentes, le configuraba un infierno

doméstico con rasgos más acentuados cada vez. Y esto, en tanto que pérdida de la paz conyugal, como discordia doméstica permanente de sentido radical, fundamenta con holgura la revocatoria del Tribunal de Alzada en forma directa, sin necesidad de recurrir al argumento retórico de la procreación como finalidad esencial del matrimonio o como supremo interés social, que en el caso no eran cosas vividas —ni podían serlo— como en primer plano sí lo era la quiebra total de la paz jurídica; esa paz que puede ser paz internacional o paz social, pero también, obviamente, paz conyugal, paz entre los miembros de cualquier asociación o corporación, paz en la convivencia carcelaria, etc.

Con esta radicación de la fundamentación axiológica en el valor paz como paz conyugal, también se puede apreciar el error teleológico —esta vez no retórico— de haber sostenido que “el objeto de la ley es proteger el acto sexual completo”. Esto no va de suyo, como afirmó el Sr. Agente Fiscal. Basta, en efecto, pensar el ejemplo con la variante de la mujer tocada de furor uterino —que también destruye la paz conyugal— para comprender que los actos sexuales de esta otra hipótesis, con ser completos, no se avienen como impleción axiológica de la noción neutra “proteger el acto sexual completo”. Y nada se gana con añadir diciendo como caracterización: “proteger el acto sexual completo y apto para su finalidad natural”, según es la frase del Sr. Agente Fiscal, porque entonces la dificultad reaparece sobre otros aspectos; por ejemplo, con relación a todos los coitos posteriores a la preñez de la mujer, los cuales, por superabundantes, quedan desconectados de la aludida finalidad natural, tan desconectados como los coitos de la mujer que ha pasado ya de la menopausia y de los cuales habría que afirmar el despropósito de que carecen de finalidad natural, no obstante tener una clara finalidad humana en el placer que producen.

El examen del caso judicial donde se pierde la paz conyugal por “causa” de la esposa que se resiste al coito, y el de la variante con la mujer tocada de furor uterino, donde también se pierde la paz conyugal por “causa” de la esposa que exige el coito diario y reiterado, nos van a permitir ver, en toda su profundidad y en toda su verdad, el problema de la fundamentación axiológica que va en juego

cuando se busca la inteligibilidad de un acto jurídico o de un hecho ilícito, sea por la autoría, sea por el sentido que de ésta emanare para ellos. En efecto: en aquellas dos contrapuestas hipótesis el resultado es el mismo aunque la "causa" sea, en un caso, una actuación contraria a la actuación que acontece en el otro. En ambos casos la paz conyugal está perdida, pero en uno lo está porque la esposa se niega a fornicar y en el otro porque la esposa pretende una fornicación demasiado frecuente. Si en el acto sexual se radicara una causa de verdad, no se comprende cómo sobrevendría el mismo efecto (pérdida de la paz conyugal) por realizar el acto sexual y por no realizarlo.

Analizando mejor los fenómenos, esta paradoja permite ver que la cópula sexual de ninguna manera es un valor jurídico por sí misma, pues el acto sexual es un hecho concreto, y los valores, en cambio, son, por esencia, calidades que de los hechos se pueden predicar. La cópula sexual, como hecho biográfico, sólo es el perfil externo o forma sensible de una conducta posible; de modo que mediando la cópula sexual percibiremos una determinada conducta en la experiencia, y no mediando la cópula percibiremos allí otra conducta diferente.

Nadie discute que la cópula sexual tenga un alcance técnico como medio para la procreación, si admitimos una teleología inconsciente en el funcionamiento orgánico de los seres vivos. Incluso cabe concederle un valor técnico en la medida en que voluntariamente se lograra darle al acto más eficacia para tal propósito. Pero esto de ningún modo quiere decir que el acto sexual tenga, por sí mismo, un valor de paz jurídica, pudiendo en consecuencia ser invocado para explicar la desaparición de la discordia conyugal entre los jóvenes consortes de nuestro ejemplo tan pronto como la esposa se allanara a efectuarlo. En esto, claro está, se comprendería que el acto sexual tenga por sí mismo semejante valor sólo si el propio acto sexual fuese ese valor; en lo cual hay una imposibilidad porque la cópula sexual es un hecho concreto, y los valores, como ya hemos dicho, aparecen, por esencia, únicamente como calidades de las cosas o de los actos. Por esto mismo ahora debemos insistir de modo especial en que la cópula sexual tampoco es un bien vacante que la ley entregaría en propiedad a las personas pa-

ra que éstas la usen y disfruten como se usa y disfruta un utensilio o un comestible. El acto sexual es, obviamente, el comportamiento de la pareja que fornicia y por eso no cabe hacer ninguna diferencia o distingo entre el acto sexual por un lado y la conducta de los partícipes por otro. En consecuencia, si el acto sexual nos lleva a hablar de algún valor jurídico, sólo un valor bilateral de conducta de los partícipes puede estar implicado propiamente como valor jurídico. Aquel acto simplemente da una figura perceptible a lo que él mismo es como conducta en su substrato y por su sentido. Y en la medida en que no cuesta percibir el reverso que, como *casus belli*, el acto sexual tiene para la gente joven, poseemos una contraprueba de que la comprensión jurídica del acto sexual se radica en la paz como paz conyugal o, en su caso, como paz concubinaria donde se verifica lo mismo.

Sin embargo, después de haber puesto en claro que la paz conyugal es el sentido jurídico valioso de aquel acto, corresponde preguntar todavía a qué alude el jurista cuando nos dice que “el objeto de la ley es proteger el acto sexual”, entendiendo que esta protección ha de actualizarse con la intervención del juez, quien, por eso, invoca semejante enunciado. Esta expresión, en cuanto que la existencia de la paz conyugal como valor jurídico de autonomía depende de los cónyuges, no puede significar que la ley sería algo protector y la paz conyugal algo protegido, pues —así en nuestro caso judicial— no cabe dar protección a una paz conyugal que no existiera. Y en forma paralela, si la paz existiere —donde, claro está, cabe mejorar esta existencia— tampoco se comprende cómo se articularía un pleito habiendo paz; es decir, que no cabe a los cónyuges ser alcanzados por la protección de una ley que no tendría la oportunidad jurisdiccional de entrar en juego. La protección de la ley, para cuando la paz conyugal existiere, se reduce así a legalizar un proyecto de vida doméstica que abriría posibilidades de despliegue autónomo a esa paz.

La protección por parte de la ley como firmeza o defensa, puede ser mejor entendida, claro está, a través de los valores de heteronomía. Habiendo sucumbido en nuestro ejemplo la paz conyugal, aquella locución visiblemente alude a la posibilidad de dominar de alguna manera razonable

el conflicto emergente entre los cónyuges: si con la nulidad del matrimonio fuere dominado, si se le pusiere fin con la liberación de los cónyuges, entonces, obviamente, esta solución normativa sería, por su correspondencia con una realidad valiosa, algo más que una solución normativa obtenida formalmente.²⁶

Nuestra idea, hasta aquí desarrollada, de que, en la experiencia jurídica, la cópula sexual no es un bien vacante que la norma entregaría a los cónyuges para su uso y disfrute, sino que es —a la par de varias otras— una forma sensible o perfil externo de la conducta conyugal, se refuerza, esta idea, de manera considerable, teniendo en cuenta que la misma cuestión aparece para el jurista con motivo de los objetos y utensilios que nos permiten expresar con exactitud nuestros derechos reales, —en primer término, claro está, el derecho de propiedad—. En efecto:

Estos objetos y utensilios son, sin duda, bienes que podemos usar y disfrutar de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico expresa; en este sentido son bienes que el Derecho nos entrega para usarlos y disfrutarlos. Pero el Derecho únicamente está en ese uso y disfrute, que es conducta en interferencia intersubjetiva. Y en esta conducta están, como calidades de ella, los valores jurídicos que pesan en el ánimo del buen juez dando o quitando fuerza de convicción a los actos según cual hubiere sido la conducta desplegada. Los valores jurídicos no están en los bienes motivo de tal uso y disfrute, ni éstos, por sus calidades, pueden ser en sí mismos bienes jurídicos de ninguna especie. La casa o el libro de mi propiedad —que tienen, por la mediación del ser humano, un sentido económico como valor de cambio por el dinero que el mercado me toma o me da por ellos; y un sentido técnico como valor instrumental por la protección de la intemperie o por la instrucción que tomo

²⁶ Límite aquí mi discurso a la paz conyugal, sólo para mantenerme dentro del ejemplo bajo análisis. No desconozco los problemas que emanarían de la quiebra de los otros valores jurídicos de autonomía, en otras variantes matrimoniales; en ellos, mientras no se quiebra la paz, no habría propiamente conflicto. Para una visión integral de este tema, me remito a las sugerencias consignadas en la pág. 599 de mi libro *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, (Buenos Aires, 1964, 2ª edición, ed. Abeledo-Perrot).

de ellos— son también simples perfiles externos o formas sensibles de posibles conductas en interferencia intersubjetiva entre el propietario y los demás miembros del grupo social.

Puedo hablar, ciertamente, de la casa o del libro de mi propiedad, que son objetos mundanales; mas en tal caso hablaría sólo de algo que es parte de mi circunstancia y que como circunstancia perfilan un manojito de acciones compartidas posibles al darme situación, acciones que, como posibilidades circunstancializadas, son exactamente las mismas como eventos para cualquier figura jurídica. Así, puedo penetrar en la casa lo mismo siendo propietario que prestatario o ladrón; y así también para la lectura del libro. Pero puedo también hablar, no ya de la casa o el libro de mi propiedad, sino de la propiedad de dicha casa o de dicho libro; sólo que ahora hablaría de las conductas compartidas que mediante su incidencia sobre aquellos objetos toman formas perceptibles como intersubjetividad; y hablaría también, recurriendo a su valor de conducta, del sentido jurídico de aquellas conductas posibles. Es evidente que aquí, sí, estaría no sólo predicando algo jurídico de la conducta —su licitud o ilicitud, su justicia o injusticia, etc.—, no de la casa o del libro, sino además que la conducta producida, siendo ópticamente la misma como evento con relación a la casa o al libro, tendría sin embargo un sentido y un valor diferentes para los coactuantes según se tratara de la propiedad, de un usufructo o de una servidumbre. Esta predicación destaca dónde estaría la “sustancia” jurídica del problema. No cabe ya discutirlo: ella está en la conducta de los partícipes de la interferencia; no está en la casa ni el libro por más que la teoría dominante los califique en la hipótesis como “bienes jurídicos”. Esta juridicidad que así se les atribuye es una transferencia o enajenación conceptual de la teoría jurídica. Ni la casa ni el libro pueden, ellos mismos, adquirir juridicidad. La juridicidad enajenada que se les atribuye es la de la correspondiente conducta en interferencia intersubjetiva que toma su forma sensible con relación a la casa o el libro en la medida en que la casa o el libro están circunstancializando —esto es, dando situación— a esa conducta. Y se hablará de la propiedad y no de un usufructo o de una servidumbre con

relación a la casa perceptible, no por virtud de la casa sino por el sentido comprensible de la conducta misma de quien la usa y disfruta como titular frente a alguien obligado a no impedirselo. En resumen: lo que se hiciere aprovechando la casa, hace perceptible a la conducta en cuestión pero no la hace jurídicamente comprensible; esto depende exclusivamente del sentido que tenga la interferencia de conducta resultante que el sujeto titular y el sujeto obligado componen conjuntamente a través de la intersubjetividad con que concurren.

La explicación que acabamos de consumir corresponde a una rigurosa descripción de los datos y acusa una comprensión definidamente existencial del problema. La hemos desplegado casi como una glosa del apotegma de Ortega y Gasset, “yo, soy yo y mi circunstancia”. Pero no es una explicación nueva. Bastará citar dos nombres de máxima magnitud en la historia del pensamiento humano, que la comparten, para presentarla con inesperadas resonancias. Me refiero a Manuel Kant y a Carlos Marx.

De Kant —cuyas ideas tienen en Planiol el ardiente vocero que las ha diseminado entre los civilistas del mundo contemporáneo— bastará recordar el capítulo II, § XI, de sus *Principios metafísicos del Derecho*,²⁷ donde el autor, después de destacar el verbalismo de la definición dominante de los derechos reales (“el derecho a una cosa”, “el derecho contra todo tenedor de esta cosa”), entra en materia formulándose la siguiente pregunta de contenido existencial: “¿en qué consiste que, *con ocasión de un objeto* (este subrayado es mío), puedo dirigirme a cualquiera que lo tenga y obligarle a reponerme en posesión?”; pregunta que Kant a renglón seguido reajusta de este modo y que inmediatamente rechaza: “Esta relación jurídica exterior de mi arbitrio, ¿es en algún modo una relación jurídica directa a una cosa corporal?”. Kant admite la definición dominante como definición nominal, es decir, como definición de una

²⁷ KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, págs. 85 a 86, trad. de G. Lizárraga, (Madrid, 1873, ed. Victoriano Suárez). Las páginas citadas corresponden a las págs. 82 y 83 de la reimpresión de esta obra efectuada en Buenos Aires en 1943, ed. Americalee.

palabra; pero destaca que no se hace cargo de la esencia del problema ni concurre a iluminarlo por su razón de ser.

El rechazo de Kant se correlaciona con la necesaria contraposición entre cualquier derecho como pretensión de alguien titular y una obligación como contrafigura paralela, destacando entonces el absurdo emergente de tener que derivar *una obligación* de la cosa para su dueño, pues si se habla del “derecho a una cosa”, habría de hablarse paralelamente de la obligación de la cosa para quien tiene tal derecho. Este rechazo del gran filósofo termina con la siguiente frase, donde un nuevo subrayado mío destaca un matiz fundamental de coincidencia con el planteamiento egológico: “Es, pues, absurdo suponer la obligación de una persona respecto de una cosa y recíprocamente, aunque sea muy admisible, *hacer sensible* una relación jurídica mediante *esta imagen*”.

La solución de Kant para su pendiente pregunta es directamente coexistencial, pues se apoya sobre una interferencia intersubjetiva de conductas. Es muy sencilla y llena de una intuitiva fuerza de convicción: “*El derecho a una cosa —dice— es el derecho del uso privativo de una cosa, respecto de la cual estoy en comunidad de posesión con los demás hombres*”. Este uso privativo de que el filósofo habla es, claro está, un fenómeno de conducta; y la comunidad de posesión a que alude es, en su lenguaje, el estado de convivencia como oportunamente lo aclara: “Esta posesión común (o estado de convivencia) es efectivamente la única condición para que yo pueda prohibir a cualquier otro detentador el uso privativo de la cosa; si no se supone esta convivencia, es imposible concebir cómo yo, no hallándome actualmente en posesión de la cosa, puedo ser perjudicado por los que la detentan y se sirven de ella. Mi arbitrio individual o unilateral no podría obligar a otro a privarse del uso de una cosa, si por otra parte éste no tuviera tal obligación. No puede, pues, ser obligado sino por arbitrios reunidos en una comunidad. Si así no fuera, habría necesidad de concebir el derecho sobre una cosa como si ella tuviera una obligación respecto de mí, de la cual en último análisis se derivaría el derecho contra todo detentador de esta cosa; concepción verdaderamente absurda... Es claro que un hombre que existiera completamente solo

sobre la tierra no podría propiamente tener ni adquirir nada exterior como suyo, porque entre él como persona, y todos los otros objetos exteriores como cosas, no cabe la menor relación de obligación. No hay, pues, propiamente hablando, ningún derecho (directo) a una cosa; pero se llama así lo que corresponde como propio respecto de una persona que está en comunidad de posesión (en estado de convivencia) con todas las demás”.

De Marx será suficiente difundir el siguiente pasaje de uno de sus numerosos escritos filosóficos extraviados y publicados mucho después de su muerte. Me refiero aquí a la *Introducción a una Crítica de la Economía Política* que al ser hallado en 1903, fue entonces editado en su original alemán por Kautsky y en versión francesa, poco tiempo después, por Laura Lafargue, nieta de Marx, como Apéndice del famoso libro *Para la Crítica de la Economía Política*. Allí se lee:²⁸ “El producto (de la actividad económica productora) no recibe su acabamiento final sino con el consumo. Un ferrocarril en el cual no se viaja, por consiguiente el que no se usa, el que no está en el consumo, sólo es un ferrocarril *dynamei* pero no lo es en realidad. Sin producción, nada de consumo, pero sin consumo nada de producción tampoco. El consumo produce la producción de una doble manera: Primero, en cuanto que el producto no llega a ser realmente un producto sino en el consumo; por ejemplo, un traje no llega a ser realmente un traje sino por el hecho de ser llevado en uso; una casa que no está habitada, de hecho no es en verdad una casa. Así —a diferencia del simple objeto natural— el producto no se perfecciona como producto, *no llega a ser* producto sino en el consumo. Deshaciendo el producto el consumo le da su acabamiento, pues el producto emerge de la producción no solamente como actividad objetivada sino que también como objeto para el sujeto activo... El objeto de arte —y de la misma manera cualquier otro producto— crea un público sensible al arte y apto para gozar de la belleza. Así la producción no solamente produce un objeto para el sujeto sino que también un sujeto para el objeto”.

²⁸ CARLOS MARX, *Contribution à la critique de l'Economie Politique*, págs. 318 a 320, (Paris, 1928, ed. Marcel Giard).

Volvamos a la sentencia de nulidad matrimonial con que hemos comenzado este capítulo. Si en ella hemos podido mostrar que el argumento axiológico-jurídico consistía en la paz conyugal comprometida de raíz y no en los hijos como finalidad suprema del matrimonio ni en la tentadora idea de que la ley protegería el acto sexual completo y apto para tal finalidad; y si también hemos podido mostrar que todos estos componentes situacionales (nacimiento de hijos, coitos completos o incompletos y normales o anormales, furor uterino de la esposa, menopausia de ella, senectud de uno o de ambos cónyuges, castidad ultragenital, inversiones sexuales, enfermedades o anomalías de la especie, etc.) son únicamente los perfiles externos o formas sensibles de un repertorio de substratos de conductas posibles, podemos advertir ahora que la paz conyugal no es el único valor específicamente jurídico que puede estar radicalmente en juego en los problemas críticos del matrimonio como conducta de los cónyuges. Mientras subsista la idea axiológica, reincorporada al Occidente por el romanticismo, de que la unión matrimonial debe depender de la voluntad preferencial de los cónyuges, cualquiera de los valores de autonomía puede estar en juego en tales crisis. Va de suyo, claro está, que el acto sexual sea, por su eventual sentido jurídico (la paz como paz conyugal), un *casus belli* para cónyuges jóvenes. El rapto de las sabinas tiene, al respecto, un nivel de apólogo. Bajo tal perfil, la quiebra de la paz conyugal suministra una enorme razonabilidad como fuerza de convicción, a la nulidad matrimonial que el tribunal de nuestro ejemplo decretó frente a la esposa renuente para consumir aquel acto; y tampoco cabe duda que la hipótesis opuesta de la esposa con furor uterino —si fuere una causal legal de divorcio— contendría fuerza de convicción por sí misma para tal efecto, como quiebra igualmente de la paz conyugal, a poco que la exigencia sexual se agudizara día tras día. Pero al propio tiempo advertimos que son otros valores de autonomía (la seguridad y la solidaridad), los que dan la clave de la comprensión jurídica relativa a aquellas uniones matrimoniales entre cuyas posibilidades ya no está la de los hijos (mujeres que han pasado la menopausia) y ni siquiera la del acto sexual (matrimonio con uno o ambos cónyuges seniles). Obvia-

mente, algunos importantes y atendibles problemas jurídicos de la vida doméstica como matrimonio se comprenden y defienden perfectamente a la luz de estos valores mejor que con referencia a la paz conyugal; en tal sentido, el matrimonio puede brindar como seguridad o solidaridad, dentro de una sociedad individualista, algo que un testamento, por ejemplo, no alcanzaría con la misma plenitud. Tal así el matrimonio conduce a habitar en el mismo hogar, cosa que para sentirse vitalmente acompañado es fundamental.

Todavía se puede pensar en la comprensión jurídica de estos u otros problemas matrimoniales a la luz de los valores jurídicos de heteronomía, siempre que la unión matrimonial dependa, por ejemplo, más de la voluntad de los padres que de la de los cónyuges. En la sociedad romana de la primera época, donde los intereses de la clase dominante se expresaron mediante un culto de los antepasados articulado sobre la familia, se advierte el peso axiológico del orden, el poder o la cooperación como comprensión institucional de ella para decidir, por ejemplo, sobre el divorcio por causa de la esterilidad femenina. Lo mismo puede apreciarse en la época del feudalismo, con relación a los matrimonios de la clase gobernante, donde la descendencia legítima tenía un alcance político que desaparece con el advenimiento del capitalismo.

Nuestra concepción no sexualista del matrimonio como institución jurídica no desconoce, claro está, la importancia que el acto sexual tiene en él. Reconocemos que para cónyuges jóvenes el acto sexual ha de ser normalmente el substrato de conducta más importante de la conducta matrimonial; pero no es el único que cuenta como forma sensible de la conducta en juego. Ni siquiera se puede decir que al menos siempre es el más importante. Es ineludible efectuar distingos. El acto sexual carece de importancia para las personas seniles y una cosa es o no es importante sólo dentro del contexto a que pertenece. Y en la medida en que un juez resuelve casos, carece de sentido para el conocimiento normativo negarle a una circunstancia la supremacía que ella en su contexto tuviere, negándosela sobre la base de una tabulación abstracta y desrealizada. Carece de sentido pensar que la justicia que podrían solicitar a sus jueces los cónyuges senectos, sería menos auténtica o de

menor rango que la que podrían solicitar los cónyuges juveniles.

Y bien; a modo de recapitulación final de los desarrollos de esta digresión motivada por la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, comencemos por insistir en que no interesan a nuestro tema las contingencias diferenciales de tipo legislativo que la norma pueda contener como imputación de contenidos dogmáticos. No interesa, así, que la ley disuelva el matrimonio como divorcio o como nulidad por virtud de una semejante "causa" o que ésta no comporte los efectos jurídicos de lo uno ni de lo otro porque, en la hipótesis de no estar admitida para ello por la norma, ella dejaría de ser una "causa jurídica". Nuestro interés apunta hacia aquello que, como dato existente en la realidad prenortativa, coloca a la norma frente a este dilema: si la norma acoge ese algo, la norma incrementa su fuerza de convicción de manera avasalladora; y si no lo acoge, la norma debilita la poca fuerza de convicción que por sí misma pudiere hacer jugar o, incluso, la pierde del todo dando ocasión a que se promueva por el técnico una explicación acerca de su inaplicabilidad al caso.

El Derecho de ninguna manera debe su existencia a la ley; si se la debiera sería muy fácil suprimir los delitos con solo prohibirlos por ley; pero ésta no tiene ni contiene una semejante virtud causativa. El Derecho está dado ya íntegro como fenómeno en cualquier acto de conducta en interferencia intersubjetiva; y sobre tales actos, una vez que ellos aparecen como fenómenos, las normas actúan constituyéndolos en sus modos de ser; lo que viene a significar que las nuevas normas pueden sólo modificar un Derecho anterior a ellas, pero sin crear el ser jurídico que es lo que subsiste dentro de la modificación y que ellas, por su parte, como existencia, presuponen. Es, así, un aspecto de estos modos de ser con referencia a las prestaciones, determinar cómo y cuándo se suceden los deberes jurídicos. En todo ello la aparición óptica de los actos de conducta en interferencia intersubjetiva (facultades, prestaciones, entuertos y sanciones) ocurre, claro está, con independencia de lo que haga o piense el legislador, porque tales fenómenos, como actos, son actos de los sujetos del Derecho y no actos del legislador. Así se explica que lo que ya hubiere en los actos hu-

manos como sentido convivencial prenормativo, sea lo que a las normas puede darles o quitarles fuerza de convicción según que las normas incluyan o excluyan una aceptación simple de esos sentidos (vida coexistencial decaída) o una aceptación de su mejor posibilidad como justicia (vida coexistencial auténtica). Por ejemplo: ya sabemos el fundamental papel interpretativo que la pérdida de la paz conyugal tiene en la nulidad del matrimonio que decretó la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata en nuestro ejemplo. Sin embargo esta pérdida de la paz conyugal no proviene de la ley; es obvio que una ley por sí misma no puede producir la quiebra de la paz conyugal por el simple hecho de decretar semejante cosa; no basta decretarla para que sólo por ello la paz cese. Por el contrario, la paz conyugal tiene que estar malograda como existencia empírica para que la ley pueda imputar ciertas consecuencias a la existencia de ese malogro. Y la fuerza de convicción de estas consecuencias no será otra que la que estuviere contenida en ese malogro axiológico prenормativo y que reaparece en aquellas consecuencias. No hay duda que podemos pensar en la impotencia psíquica de la esposa —tan ligada a la quiebra de la paz conyugal—, dejando a un lado la ley y atendiendo por separado únicamente a sus consecuencias axiológicas como fuerza de convicción dada ónticamente en la experiencia jurídica. Pero si podemos efectuar semejante abstracción es, precisamente, porque aquella impotencia tiene su realidad causal —la misma realidad causal— tanto estando acogida cuanto estando excluida por la ley como motivo de nulidad matrimonial.

Lo menos que al jurista causalista se le puede exigir en esta materia, es que hable de la “causa” en el Derecho con rigor y precisión. Ocurre, sin embargo, que si así lo hiciere, se le abren numerosas preguntas sin respuestas posibles, pues al ser ellas promovidas por la idea causal, son preguntas, todas ellas, mal planteadas con relación a la vida humana biográfica. No tiene mucho sentido, por ejemplo, preguntar cómo causas opuestas producirían el mismo efecto (la impotencia de la mujer y el furor uterino produciendo igualmente la quiebra de la paz conyugal). O cómo la misma causa produciría efectos contrarios (la inacción sexual determinando la nulidad del matrimonio de la mujer frí-

gida y, a la par, siendo irrelevante para ese efecto en el matrimonio de ancianos o de gente casta). No vale la pena analizar estas paradojas una por una; se tematizan con fines profesionales o judiciales en forma arborescente, mediante distingos casuísticos y nuevos distingos de la misma especie de un modo indefinido. Son galimatías que, de hecho, quedan en la penumbra con sólo hablar de la “causa en el Derecho” sin rigor ni claridad. Por lo demás, queda al margen de esta arborescencia, claro está, preguntar si la ley es o no es, ella también, una causa jurídica por lo que con sus imputaciones promueve en la experiencia. La disputa entre causalistas y anticausalistas no está en esto, pues ambos atienden a la imputación normativa sin cuestionarla.

En contraposición con todo esto podemos mostrar en síntesis, mediante dos aproximaciones y sobre el mismo ejemplo bajo examen, cómo queda el análisis egológico en su última expresión. Habíamos señalado que el acto sexual no es un bien vacante que la norma entregaría a los cónyuges para su uso y disfrute, corriendo ella con la protección de semejante bien. Hicimos ver que el acto sexual es la propia conducta de la pareja, por lo cual no cabe separarlo ni distinguirlo de esa conducta. Llevando esta evidencia a una mayor precisión, destacamos que el acto sexual es, en la individuación del fenómeno, la forma sensible que como perfil externo puede tomar una conducta por su singularidad concreta al existir.

Ahora bien; lo primero que este enfoque obliga a descartar es la falsa idea de que la quiebra de la paz conyugal que protagonizaban los jóvenes esposos, sería una consecuencia o el efecto de la frustración permanente del coito normal que les incumbía; pues la destruida paz conyugal y la permanente frustración sexual son la misma cosa a la luz de la intuición emocional y de la intuición sensible, respectivamente. Se trata de una misma cosa percibida desde adentro, como paz, y desde afuera de ella, como coito. Son dos percepciones simultáneas y compenetradas referentes a una misma y única realidad; no se trata de dos cosas separadas y sucesivas —la causa y el efecto—, una por cada percepción.

Con referencia a la paz, por vivirla, percibo lo que está en mí; con referencia al coito, por verlo, percibo lo que

está ante mí. En esto se vive una emoción y se ve un es-corzo; pero ambas cosas (sentido e imagen) se refieren a la misma realidad vital en lo que ella en total es. Bajo el primer aspecto, por la discordia que vivían los jóvenes cón-yuges, pudieron haber percibido su estampación situacional como un proyecto coexistencial desvalioso; bajo el segundo aspecto, por la actuación que compartían, pudieron haber percibido la frustración de su programa situacional como un proyecto coexistencial imaginario. En lo primero, lo que axiológicamente no debería serles, era, con todo, la promoción que ellos cumplían; en lo segundo, lo que nor-mativamente debería serles, a pesar de esto no era su pro-moción. En lo primero había una estampación desvaliosa como deber ser existencial; en lo segundo había un error programático como deber ser lógico. En lo primero hubo un error axiológico que duró tres años mientras la posibi-lidad conflictual que llegaba a ser fue asumida vitalmente como paz, (como latente paz por ser venidera, pero como paz al fin); en lo segundo hubo un error teórico paralelo cuando se pensó programáticamente que una unión sexual carente en el caso de posibilidad podía ser una posibilidad. La estampación situacional, jugando como un deber ser existencial, puede ser sin dificultad la común medida de ambas derivaciones. La unidad de la verdad como paz y de la paz como verdad, que salta a la vista en cada pa-reja de las precedentes enunciaciones, nos explica la ma-nera cómo estas enunciaciones se compenetrán recíproca-mente. Siendo la verdad jurídica una verdad estimativa, aquella unidad va de suyo,²⁹

Efectuando una mayor aproximación a la clave de esta problemática, comprendemos fácilmente ahora que, entre el coito de los jóvenes cónyuges del ejemplo y su paz con-yugal no media una relación causativa productora o des-tructora de lo segundo por parte de lo primero. Hay sim-

²⁹ CARLOS COASIO, *Teoría de la Verdad jurídica*, pág. 246, (Buenos Aires, 1954, ed. Losada): "En esta justicia está su verdad: para el juez, la verdad aparece como justicia; para la doctrina, la justicia aparece como verdad". Por lo demás, en la pág. 46 de la monografía N^o 19 de esta Colección, *Radiografía de la Teoría egológica del Derecho: sus Problemas y su Problema*, se trabaja con un ejemplo esquemático que se corresponde con el análisis del texto.

plemente esa relación dialéctica de un substrato a un sentido, inherente a todo objeto cultural: el substrato es perceptible y el sentido es comprensible. Dentro de esta disparidad gnoseológica, la causalidad, que es inductiva, no puede articularse; sólo cabe allí la relación dialéctica de la expresión a lo expresado, donde el substrato es la expresión de algo expresado y donde lo expresado es un todo cultural en el que la expresión misma es una parte.³⁰ En nuestro problema, el coito de los cónyuges como expresión de algo, tiene, por eso, que ser interpretado para captar el sentido de conducta convivencial que anima a toda esa conducta y a la cual la propia expresión pertenece como parte.³¹

Bajo esta luz, resulta evidente que la suma de coitos de nuestros juveniles cónyuges perfila un repertorio de conductas posibles en lo que concierne al perceptible substrato de tales conductas, pero no así respecto de su sentido, pues éste no es perceptible sino comprensible. Este abismo se cubre con el salto egológico porque así llegamos a la fuente de donde manan los predicados de la intimidad, que son los que como conocimiento se adecúan a un sentido en la medida en que conocer fuere aquí comprender. Conocer un sentido es comprenderlo; hay en esto una evidencia. Por eso aquel abismo no se cubre —ni se puede cubrir— mediante una relación causal, pues la causalidad supone una identidad cuantitativa ajena, in limine, a la contraposición entre percepción sensible y comprensión, o sea, entre predicados de la exterioridad y predicados de la intimidad.

Por lo demás, este enfoque permite superar una dificultad a la vez trivial e insuperable dentro de la tesis causa-

³⁰ Sobre este especial aspecto del problema de la interpretación, ver Cozzio, *El Derecho en el Derecho judicial*, 3ª ed., págs. 137 y sgts., (Buenos Aires, 1967, Abeledo-Perrot). Sobre la relación de la expresión a lo expresado en general que se da entre el substrato y su sentido dentro de un objeto cultural como un todo, ver Cozzio, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, 2ª ed., págs. 61, 64, 67 y 83, (Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot).

³¹ Comprender es expresar o interpretar según que la dialéctica gnoseológica inicie su movimiento circular desde el sentido hacia el substrato como creación, o, a la inversa, desde el substrato hacia el sentido como interpretación. (Ver *La Teoría egológica...*, págs. 72, 237 y 249, en la edición citada en la nota precedente).

lista. ¿Cuáles o cuántos coitos destruirían la paz conyugal y cuántos o cuáles la afianzarían?

Es imposible responder a estas preguntas mediante una tipificación de los coitos según fueren sus arborescentes formas sensibles. Toda pluralidad empírica, por sus matices, es inexhaustible; en tal sentido, quitarse el pijama en el tálamo o conservarlo acusaría una variante, que tal así, por increíble que parezca, todavía en los colegios tradicionales de monjas, de Buenos Aires, las pupilas están obligadas a bañarse con el camisón puesto. Y aún suponiendo que la norma legal consiguiera tipificar suficientemente, por sus perfiles externos, si no todos, al menos los principales coitos destructores de la paz conyugal según la valoración del legislador, aun así tal legislación habría nacido muerta, tanto por su desacoplamiento situacional cada vez que requiriere una prueba imposible para sostenerse como programa vital, cuanto por su estragamiento permanente en la medida —grande o pequeña— en que semejante norma intentare desarticular de esos coitos, en la experiencia jurídica endonormativa, la valoración de los cónyuges; o, en la experiencia jurídica perinormativa, la valoración del juez.

Frente a la indefinida pluralidad variable de actos sexuales —de la misma o de diferentes especies— como substratos perceptibles de conducta y a la limitada pluralidad constante de sus sentidos jurídicos (seguridad, paz y solidaridad en nuestro mundo de hoy)³² como intimidación comprensible correlativa, la técnica jurídica encuentra ventajas en orientarse por este último camino, tanto por razones de simplicidad y eficiencia cuanto por razones de plenitud sistemática. Un detalle muy sorprendente pero no despreciable, que sólo así sale a luz, es el siguiente: La comprensión jurídica no sexualista del matrimonio, a que conduce la axiología egológica, permite verle su propia normalidad como un valor del entendimiento societario al matrimonio de mujeres menopáusicas, o al de gente senil o frígida o casta o moribunda o desviada o que se sofrene frente a la preñez de la mujer, etc.

³² COZZIO, *Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, 2ª ed. págs. 141 a 142.

Con relación a todos estos aspectos, la concepción sexualista dominante, con su idea biológica como base, habla de *excepciones*, a veces acentuando el perfil social de la procreación y otras el perfil fisiológico del desahogo venéreo.³³ Pero aparte de que no hay excepciones en el dominio de las esencias porque no cabe un término medio entre lo que es y lo que no es, tampoco es necesario suponer en tales casos ninguna excepcionalidad esencial para la institución matrimonial. Basta ver que la paz como paz conyugal no es el único valor jurídico que da sentido al vínculo matrimonial. También pueden estar en primer plano la seguridad como seguridad doméstica y la solidaridad como solidaridad doméstica en la medida en que en ello fuese una mejor posibilidad de entendimiento societario. Esto permite ver que estaríamos frente a otros modos de normalidad social matrimonial, diferentes de aquél que la concepción sexualista presenta como único auténtico.

Dentro de nuestra comprensión axiológica del matrimonio, la valoración de paz como paz conyugal absorbe el componente sexual que está como esencia de la concepción sexualista; pero la concepción misma —con su esquema de una normalidad única, rígidamente impuesta por una función biológica en sí misma unívoca— queda descartada y reemplazada por otra concepción diversiforme cuya unidad no radica en la idea de una normalidad única, sino en la unidad ontológica de la justicia (esa justicia que puede ser tanto paz como seguridad o solidaridad, amén de orden, poder o cooperación). De cualquier manera, por el juego de criterios extensivos o restrictivos en la interpretación, para un juez es muy diferente afrontar ciertos casos siempre como anomalía por referirlos a una normalidad que no sería la propia de ellos, en vez de referirlos a su propia normalidad donde nuevamente cabría la alternativa de que allí resultasen valiosos o desvaliosos como entendimiento societario. Visiblemente es muy injusto tachar de anómalos y tener mecánicamente por desvaliosos los casos, tan comunes y comprensibles, de las mujeres menopáusicas que contraen nupcias. Y resulta incluso absurdo no computar en

³³ RUBEN DARIO, *Los motivos del lobo*: "Hembra y macho eran como perro y perra".

la comprensión normal del matrimonio, la declinación del fuego sexual que el tiempo trae, transformando la paz conyugal en paz doméstica y colocando en primer plano evidentes valoraciones de seguridad o de solidaridad.

Siempre es útil confrontar una tesis con sus casos límites. Ensayémoslo:

El matrimonio infantil es, sin duda, uno de ellos. Hasta hace no muchas décadas, el matrimonio infantil existió en la India. La cuestión es saber cómo se comprende jurídicamente mejor su abolición, si con la concepción sexualista del matrimonio o con la concepción axiológica que emerge de la egología. La concepción sexualista funda aquella abolición en el hecho de que los niños no pueden actualizar ninguna actividad sexual. Y el argumento, a primera vista, parece convincente. Sin embargo, pronto se advierte su limitación pues el mismo argumento procede contra el matrimonio de personas seniles respecto de las cuales, obviamente ya no tiene la misma fuerza de convicción. A este respecto hay, sin duda, alguna profunda razón vital para la que el argumento está ajeno. El argumento no es generalizable atendiendo a la simple virtud de su propio contenido.

En contra de aquella explicación, una simple descripción fenomenológica nos advierte que los niños no actualizan paz ni seguridad ni solidaridad conyugales; y ello así porque no cuentan con la pertinente posibilidad proyectiva como vida. Los niños carecen de esta posibilidad en correspondencia con el hecho de que ellos, al pensar, no piensan en el ser del ente y, en consecuencia, no piensan propiamente sobre el ente. El mundo infantil es un mundo de fantasía; tiene el ser de su fantasía pero no el ser del ente, por lo cual les resulta imposible encontrar nunca al ente en su ser. Vivir la vida en serio significa proyectarla sobre el ente y para esto es necesario pensar en el ser del ente.

El anciano, por el contrario, mientras su mente no decline, conserva intacta su comprensión del ser del ente; incluso la ha refinado para aquellos problemas donde pasa a primer plano el cómputo del tremendo desenlace de la muerte. Cabalmente por esto los ancianos son más "filósofos" que los adultos de orden común; ellos tienen esa peculiar sabiduría que, sin más, llega por haber vivido. En

tal sentido el matrimonio de un anciano puede significar primordialmente un proyecto vital de seguridad o de solidaridad o de ambas cosas. Y esto torna evidente que, en el horizonte matrimonial, una es la normalidad juvenil como proyecto primordial de paz y otra es la normalidad senil con su proyecto primordial de seguridad o de solidaridad. No se trata aquí de justificar el matrimonio de ancianos como una excepción dentro de un esquema unitario, donde la excepción significaría una contradicción teórica, sino de percibir dos o más normalidades vitales, cada una de ellas como campo posible para sus valores y desvalores específicos en la comprensión de su intersubjetividad.

Y no se necesita nada más que lo expuesto para comprender de verdad por qué siempre carece hoy de sentido valioso —de sentido jurídico— el matrimonio de criaturas, y por qué lo tiene, valioso o desvalioso, el matrimonio de ancianos. El acto sexual puede ser expresión tanto de paz como de discordia conyugales; pero no cuenta como expresión de nada referido a una seguridad o a una solidaridad del mismo enclave. Y es obvio —ya lo hicimos notar— cómo el acto sexual puede definir un *casus belli* en la edad madura y mucho más aún en la juventud. El acto sexual en sí mismo no entra en la composición de la solidaridad conyugal en ninguna etapa de la vida; en cambio sí concurre a componer la paz de cónyuges jóvenes con sexualidad normal, como lo acredita el hecho de que la negativa de uno de estos jóvenes para realizarlo es de por sí agresiva, altamente agresiva, para el otro. Y la agresión es un aspecto que concierne a la paz pero no propiamente a la solidaridad. En esto no debemos confundir entre el acto sexual, por un lado, y la diferencia sexual, por otro; pues hay, sin ninguna duda, una peculiar solidaridad que cada sexo pone en juego como cosa debida frente al otro en forma gratuita y que no es integrante de un acto coactuado como es el acto sexual; es esa sutil solidaridad que el macho como macho dispensa a la hembra o que la hembra como hembra concede al macho. Así es bien conocido cómo —incluso en las grandes ciudades que es donde la gente vive con mayor aislamiento personal— cualquier hombre ayuda a la mujer desconocida en sus trances cotidianos, sin que haya en esta ayuda la pretensión de un acto sexual con

cada una de ellas; o cómo cualquier mujer cuida de un hombre enfermo, ajena también a toda pretensión sexual, con una típica solicitud que no es la del trato de igual a igual que tiene para con una mujer con la misma tribulación ni la de la ternura maternal con que procede cuando se trata de un niño.

En resumen: Se puede encontrar, claro está, un sentido jurídico en los matrimonios de niños por referencia a los valores de heteronomía (orden, poder y cooperación), en la medida en que, por ejemplo, hubiere que preservar un sistema de castas como orden social, o acrecentar la soberanía territorial como poder político, o resignarse a los designios de Dios como empresa cosmológica. Así corresponde comprender los matrimonios infantiles en la India; así las concertaciones matrimoniales prematuras que conoció la Edad Media cristiana, habida cuenta la significación feudal de una dinastía; así también la unión matrimonial preestablecida de faraones e incas con sus hermanas.

Pero desde que el capitalismo modificó en Europa las bases económicas del ligamen personal operante en el feudalismo entre las clases dominantes y las dominadas —al estar la jerarquía feudal definida por el feudo, la función política de los soberanos dinásticos se radicaba en el feudo tanto como se radicaban allí también la función agrícola de los siervos y colonos o la función militar de los nobles y vasallos libres—, desde ese momento desapareció también el sentido político que un matrimonio infantil podía tener como valor positivo puro de heteronomía en la organización jurídica de la sociedad.

De cualquier manera, la concepción romántica del matrimonio colocó el problema dentro de una perspectiva que se mantiene firme en nuestro mundo de hoy. Una vez descubierto por el romanticismo el juego de los valores jurídicos de autonomía como justicia matrimonial compatible con la estructura capitalista —más aún: compatible, al parecer, con toda otra estructura social donde el matrimonio sea problema más de “tú y yo” que no de un “nosotros” integrante de las relaciones de producción, ya como una unidad de capital perdurable, ya como una unidad proveedora de mano de obra—, a partir de aquel momento son los valores jurídicos de autonomía los que deciden como

verdad estimativa del correspondiente ente jurídico en el problema prenормativo que concierne al matrimonio infantil y al matrimonio en general. Es decir: en la medida en que el sentido primordial del matrimonio como entendimiento societario dependa de los valores jurídicos de autonomía para lograrse como un mejor entendimiento societario, justo en esa medida, el matrimonio infantil queda descalificado *in limine* porque la autonomía de los niños no se radica en una tematización del ser del ente por parte de ellos y, en consecuencia, no es posible una expresión matrimonial de aquellos valores sino únicamente de sus desvalores como axiología positiva empírica. Al destacar esta imposibilidad se señala que, en nuestro mundo del siglo XX, el matrimonio infantil sería una institución radicalmente injusta. Esta expresión verbal no es exagerada. Basta ponerse en pellejo para comprender la injusticia que torturaría y falsearía a un ser humano después de la pubertad, cada vez que se percibiese a sí mismo en el trato sexual, en la convivencia hogareña, en la carga económica y en el engaste social, ligado a un cónyuge de por vida sin comerlo ni beberlo. Es difícil concebir, en la esfera coexistencial, la asunción de un destino con mayor extranjería, términos, éstos —destino y extranjería— entre los cuales hay una patente contradicción existencial.

El otro caso límite corresponde a la idea del matrimonio homosexual, esto es, de dos personas del mismo sexo fenotípico.

El trato sexual entre personas del mismo sexo ha sido y es un fenómeno conocido por todos los pueblos de que se tiene noticia, salvajes o civilizados. A veces, es cierto, condenando ese trato como un crimen o un pecado máximo;³⁴ otras, dignificándolo como un privilegio o una virtud de elevada jerarquía;³⁵ y otras —como en Atenas, en Roma,

³⁴ MOISÉS, *Levítico*, XX, 13; SAN PABLO, *Romanos*, I, 27.

³⁵ Así, entre los aztecas, fue un privilegio de la casta sacerdotal; y en Esparta, Tebas y Creta era una obligación de carácter legal impuesta a los jóvenes cuando ingresaban al ejército, denominándose *erasta* al mayor y *pederasta* al menor de cada pareja de amantes. "No encontrar amante (*erastes*) era considerado por los muchachos como una vergüenza", explica MESSER en su *Historia de la Pedagogía*, pág. 16, (Barcelona, 1927, ed. Labor).

en el Renacimiento, en el Occidente contemporáneo después de las dos guerras mundiales y la generalización de la educación deportiva— aceptándolo como una costumbre integrante de la vida erótica, avalada por las clases sociales dirigentes, que llega incluso a ser presentado con toda neutralidad científica como un destino personal insuperable a raíz de la distinción entre sexo fenotípico, sexo gonadal y sexo genético.³⁶

En cambio, no se conoce que ningún pueblo haya institucionalizado como matrimonio la unión íntima de dos personas del mismo sexo, considerando su actividad carnal. Podemos imaginar, claro está, que un régimen normativo llegara a este extremo generalizando para la hipótesis las normas del matrimonio, las cuales habrían de tener la vigencia que tienen respecto de los matrimonios sin hijos, refiriéndonos al nombre, domicilio, administración y adquisición de bienes, divorcio, herencia, adopción de hijos, etc. Pero el hecho cierto es que la imaginaria hipótesis no presenta ni un solo ejemplo histórico en su favor. Ni siquiera

³⁶ Ver TRIMBOS, OVERING, KEMPE, VERMEULEN y RUYGERS, *Homosexualidad: Aspectos psiquiátricos, sociales y pastorales*, (Buenos Aires, 1969, ed. Carlos Lohlé). Este libro da cuenta oficialmente de las investigaciones y actividades de la Asociación Católica Holandesa para la Higiene Mental, promovida en 1958 y definitivamente establecida en 1960. Los estudios psiquiátricos y sociológicos que integran las dos primeras partes de este volumen, están subordinados a los intereses de la asistencia pastoral que incumbe a los sacerdotes prestar y que toman la tercera parte de la obra. Así, en las conclusiones relativas al tratamiento pastoral, tras de dejar sentado (p. 150) que “la orientación homosexual no es la resultante de una elección personal” y a fin de robustecer las recomendaciones finales (p. 153) —una de las cuales declara que “parece entonces conveniente ayudar al homosexual a entablar una relación de amistad estable”, después de haber insistido en que “jamás y bajo ningún pretexto se debe destruir una amistad (homosexual) existente”, pues “el matrimonio como solución curativa debe ser descartado en forma terminante”—, se lee lo siguiente: “Cuando un homófilo se presenta a un pastor de almas con sus problemas y sus cuestiones, es indispensable, antes que nada, hacerle aceptar su propia particularidad, que es, en suma, hacerle aceptar los designios de Dios, que le han asignado una vida de este tipo”, (p. 151).

En un sentido concordante con los estudios psiquiátricos de este volumen, puede verse HANS GIESE, *El homosexual y su ambiente*, Madrid, 1962, ed. Morata.

se la contempla en la literatura más desenfrenadamente benévola y abierta, dentro de la literatura seria.³⁷

Por otra parte, todo civilista conoce cómo apareció en la bibliografía jurídica la teoría del acto inexistente que, en abstracto, Aubry y Rau ya habían avistado sin error.³⁸ La ley francesa de matrimonio civil en vigencia, acaso para aplacar un poco la extrema tensión social que acompañó a su sanción, señaló con especial rigor y énfasis las limitadas causales que el Estado admitía tanto para declarar la nulidad de un matrimonio como para obtener el divorcio. Entre estas causales no figura la identidad de sexo de los contrayentes, ni su diferencia sexual aparece como condición necesaria del matrimonio en el texto legal. Y se dio precisamente el caso de que, después de una unión matrimonial celebrada conforme a las exigencias de la ley, ante la imposibilidad de los cónyuges para ayuntarse debidamente, se comprobó la existencia hipodérmica del sexo masculino de la presunta esposa. La redacción de la ley, como ya hemos destacado, era tan premiosa y restrictiva que sólo con una vivencia de contradicción podría haberse, en buena lógica, recurrido a ella para declarar la nulidad del acto. Y así se habló entonces de algo diferente y mucho más profundo puesto que permitía dejar a un lado a la ley misma, con lo cual se eludía la vivencia lógica de la contradicción que cualquier invocación de la ley cabalmente habría comportado. Con una intuición jurídica a todas lu-

³⁷ LARS ULLERSTAM, *Las minorías eróticas*, México, 1967, ed. Grijalbo S.A.

³⁸ AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil Français*, I, pág. 111, § 37, 3ª ed., París, 1856, tema en el cual los autores siguen también las ideas de su maestro Carlos Zachariae. Sobre el acto jurídico inexistente en la bibliografía argentina, ver JORGE J. LLAMBIAS, *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, en *La Ley*, t. 50, pág. 876, Buenos Aires; y *Vigencia de la teoría del acto inexistente*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, p. 631, Buenos Aires, julio-septiembre de 1948; y GUILLERMO BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, II, p. 402, Buenos Aires, 1965, 4ª edición y *Familia*, I, pág. 135, 3ª edición.

Ver también en especial, ESTEBAN YMAZ, *Teoría del acto inexistente*, en *La Ley*, t. 89, Buenos Aires, 1958; y CARLOS COSSIO, *Impugnación egológica de la Escuela del Derecho libre*, cap. III, § 2, en *La Ley*, t. 115, Buenos Aires, 1964.

ces genial, esos juristas hablaron en la emergencia no de un acto jurídico nulo, sino de un acto jurídico inexistente. Su repugnancia para aceptar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, expresaba axiológicamente con toda claridad que semejante cosa no contenía una posibilidad de entendimiento societario.

Ahora bien: la total ausencia histórica del matrimonio como institución homosexual no parece ser una cosa fortuita en la historia; se nos impone la idea de que algo ha promovido esa exclusión, ya que incluso los mismos pueblos que dignificaron el acto homosexual como fenómeno erótico no llegaron más allá. Marcuse, confirmando existencialmente con su marxismo una línea sostenida también por Dilthey sobre base historicista, expresa con acierto: “la teoría social es teoría histórica; y la historia es el campo de la posibilidad en el campo de la necesidad”.³⁹ Por eso si intentamos aclarar el sentido de aquella exclusión histórica sirviéndonos de lo que se deja sentir como un acierto intuitivo de los juristas franceses cuando hablaron de *un acto jurídico inexistente* —actitud decididamente opuesta a todo puro normativismo—, podemos formular las siguientes cuestiones:

¿Por qué sería esencial para el matrimonio la heterosexualidad? O mejor aún: ¿cómo y en qué esta esencialidad se haría comprensible con el carácter de un sentido verdaderamente último? Y en consecuencia: puesto que la verdad jurídica es una verdad estimativa, ¿cuál es la fuerza de convicción que ha privado en la historia como un valor positivo puro en contra del matrimonio de personas de un mismo sexo? ¿Cuál es la posibilidad del entendimiento societario específica de la heterosexualidad cuyo proyecto como estampación situacional y programa vital sería el matrimonio?

Descartamos que esta fuerza de convicción como proyecto existencial sea la aptitud procreativa que tiene la pareja heterosexual. Ya hemos analizado el punto. Baste recordar el caso más elocuente, a saber, el matrimonio de las mujeres que han llegado a la menopausia; se justifica con

³⁹ HERBERT MARCUSE, *El hombre unidimensional*, pág. 13; México, 1968, ed. Joaquín Mortiz.

plenísima fuerza de convicción y en forma peculiar para ese estado fisiológico. De la misma manera se justifica el matrimonio de las personas estériles, cualquiera sea su edad.

Tampoco cabe radicar aquella fuerza de convicción como proyecto existencial en la posibilidad del acto sexual completo, porque esta posibilidad existe de hombre a hombre; amén de que, en más de un sentido fisiológico, es problemático negar esa posibilidad de mujer a mujer si ellas alcanzaren sus orgasmos.⁴⁰

La heterosexualidad juvenil abre con sentido la puerta del tema para su correcto análisis, por el hecho obvio de que la posibilidad matrimonial comienza por la juventud y no por la ancianidad. Pero al propio tiempo que lo abre, lo oculta por el papel prominente que el *acto sexual* tiene en la vida de los jóvenes, según ya hemos visto. Este rango circunstancial del acto sexual en el punto de partida de su trayectoria biográfica nos hace pensar indebidamente en el acto sexual como clave para nuestro problema. Sin embargo lo que incluso en ese punto de partida interesa de verdad es la heterosexualidad de la pareja y no la juventud de sus componentes.

En este sentido, no es el acto sexual lo que contiene una intrínseca exigencia de heterosexualidad;⁴¹ esta exigencia únicamente aflora en la solidaridad sexual y actúa como parte de ésta acusando una valoración muy específica en la sociedad que pueden integrar el macho humano y la hembra humana. Sin solidaridad entre los cónyuges, el matrimonio visiblemente carece de su supremo valor intrínseco. La solidaridad en general, que “consiste en la participación con que alguien corresponde o soporta lo que a otro le ocu-

⁴⁰ Se descarta en esto toda referencia al matrimonio de un ser humano con un animal, donde el rechazo ontológico proviene de un estrato del ente todavía más profundo: el hombre es —lo es forzosamente— el único sujeto de derechos y deberes en cuanto que el Derecho es un modo de ser de la conducta humana. Pero así como en ese último estrato existencial el matrimonio reclama la humanidad de los cónyuges, así también surge en otro estrato menos profundo del mismo ente la exigencia heterosexual del matrimonio, según se verá.

⁴¹ En el acto sexual no hay siquiera una exigencia de bisexualidad; como es bien sabido, existen también los actos sexuales solitarios, bes-tiales, etc. Ver el libro de LARS ULLERSTAM antes citado.

re, de tal manera que en el primero incide algo de la suerte del segundo”,⁴² adquiere un específico matiz muy singular en lo que más arriba hemos presentado como *solidaridad sexual*, esto es, la que los individuos de un sexo ponen en juego como cosa debida frente a los del otro en forma gratuita y que no es integrante de un acto coactuado como es el acto sexual. Ella se funda en la diferencia sexual pero no en el acto sexual; es esa solidaridad que el macho como macho dispensa a la hembra o que la hembra como hembra concede al macho en trato permanente. Esta solidaridad de los sexos es constante; no declina desde la pubertad a la vejez; está en el ente sexuado como comprensión del otro sexo; pertenece al ser de este ente. No es la solidaridad de los amigos, los compañeros o los camaradas que, claro está, cabe —incluso agudizada— entre los homosexuales. Es la del macho humano a la hembra humana y viceversa como cosa específica que emerge de la diferencia de los sexos.

Esta solidaridad sexual se da también, por cierto, entre concubinos. El matrimonio y el concubinato son, en tal sentido, primos hermanos. Pero con el matrimonio le adviene a la solidaridad sexual esa firmeza heterónoma que corresponde a la primera hipótesis de esta ley axiológica general: es valioso legalizar lo valioso y también ilegalizar lo desvalioso; en cambio es desvalioso ilegalizar lo valioso y también legalizar lo desvalioso.⁴³

— — —

No como un resumen de lo que queda dicho, pero sí para quitar equívocos a la inteligencia de esta interpretación no sexualista del matrimonio como institución jurídica, conviene terminar esta exposición insistiendo en algunas ideas generales de cuño egológico que sustentan todo el desarrollo.

⁴² CARLOS COSSIO, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, 2ª ed., pág. 589, Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot.

⁴³ CARLOS COSSIO, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, ed. cit., pág. 510. Sobre la firmeza axiológica en general que los valores de heteronomía conceden a los de autonomía, ver págs. 594 y sgts. de la misma obra, especialmente pág. 599.

La teoría egológica defiende una verdad jurídica de naturaleza axiológica. La denomina *fuerza de convicción* y corresponde al ser de una coexistencia valiosa por su justicia. La convicción que promueve esta fuerza de convicción por lo que en ella se contiene, no proviene de establecer correctamente ningún proceso causal como conocimiento. Es un conocimiento de otra especie; es el conocimiento de un sentido como comprensión emocional de lo que el ser humano vive biográficamente al coexistir; es, diciéndolo más brevemente, la inteligibilidad de un fenómeno jurídico. La comprensión jurídica es conceptualmente emocional en el caso del derecho legislado y usualmente emocional en el caso del derecho consuetudinario. En ambos casos la comprensión jurídica se logra —como toda comprensión— en un proceso gnoseológico de carácter empírico dialéctico que une la intuición sensible de un substrato expresivo con la intuición emocional de un sentido expresado. Se comprende el substrato *por* su sentido y el sentido *en* su substrato.

La fuerza de convicción inherente al derecho legislado se integra con el concepto normativo y la valoración judicial. El concepto normativo o norma —refundido con la valoración judicial dada la naturaleza vivencial de la existencia de ambos, según está explicado en el cap. 17— juega negativamente en el sentido de que se produciría una vivencia de contradicción si hubiere una incongruencia entre lo que expresa la norma aplicable y lo que resuelve la sentencia que elude aplicarla, de modo que la fuerza de convicción está subordinada en esto a que no haya una vivencia de contradicción, y nada más. En cambio la valoración judicial juega siempre positivamente en el sentido de que una sentencia tiene tanto más fuerza de convicción cuanto más promueve un entendimiento societario; la inteligibilidad del fenómeno jurídico es la que una valoración judicial descubre en él como verdad estimativa.

Ahora bien; el hecho de que sólo tres valores jurídicos (la paz, la seguridad y la solidaridad: es decir, siempre la justicia) tengan suficiencia técnica para hacer inteligible toda la abigarrada problemática del comportamiento conyugal con sus infinitas formas sensibles, se corresponde con el hecho de que la relación empírico-dialéctica que circula

entre un substrato y su sentido en cuanto que relación propia del conocimiento cultural “consiste en que comprendemos el substrato *por* su sentido a la par que comprendemos el sentido *en* su substrato, lo cual hace ver que no son dos relaciones equivalentes de dirección inversa —y por lo tanto meramente yuxtapuestas que podrían separarse—, sino que cada una da a la otra algo que la otra no tiene, complementándola”.⁴⁴ Por eso en la percepción sensible del substrato y en la percepción emocional del sentido, se trata de lo mismo visto desde afuera y desde adentro del ente en cuestión; el substrato es la expresión de un sentido y el sentido es lo expresado por el substrato, resultando así el substrato una parte del todo que se radica en lo segundo: la parte que se interpreta para el descubrimiento hermenéutico de lo segundo, que es consubstancial intimidad; la parte exterior de una interioridad espiritual efectiva.

Pero en la medida que el ser de un objeto cultural es, así, ser un sentido,⁴⁵ se justifica la primacía hermenéutica que, en esta técnica del conocimiento cultural, tiene operar apoyándonos en los sentidos correspondientes a una experiencia para conocer esa experiencia, una vez que ella estuviere ya dada. (En el caso que concierne a nuestro tema, la seguridad, la paz y la solidaridad son precisamente tales sentidos). La verdad es útil, no porque ella sería lo útil según creyó el pragmatismo, sino “porque estando obligados a vivir con el ente —con el nuestro, con el de los otros y con el de las cosas del mundo—, la verdad como desnudez del ente no resulta indiferente para tomar situación en el ente mismo al vivir: La desnudez del ente muestra el ser del ente en general, muestra a cada ente en su entidad; y la situación que en el mundo cada uno de nosotros toma y que el mundo a cada uno nos confiere es, por su parte, la manera de ser del ente que cada ser humano es”.⁴⁶

⁴⁴ COSSIO, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, ed. cit., págs. 79, 82 y 86.

⁴⁵ COSSIO, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, ed. cit., págs. 64, 67, 71, 72, 86, 232, 234, 237 y 322.

⁴⁶ COSSIO, *La Justicia y el Derecho Natural*, cuaderno N° 11 de esta serie, cap. IV, “La Egología y el Derecho Natural”, § I, publicado en LA LEY del 28-IX-1967, Buenos Aires.

Por lo demás y en la medida en que el Derecho es, como ente, conducta, va de suyo que son valores de conducta los que cuentan como fuerza de convicción en la inteligibilidad de todo fenómeno jurídico. Así se comprende que sin dar el salto egológico no se pueda recurrir a la técnica empírico-dialéctica propia del conocimiento cultural; esta técnica utiliza predicados de la intimidad y todos estos predicados provienen del ego: son los modos que tiene el ego para extravertirse con yoidad, son su trascendencia como egología, es nuestro retorno desde la autoría como egología a la experiencia.

15) El racionalismo examinado en el delito deportivo

Con estas ideas, y en particular con la expresión objetiva de la valoración mediante una circunstancia general especificante en la ley, enunciada o no por ella, se explican sin rodeos artificiosos aún los ejemplos más críticos para las teorías dominantes. Así, que no sea delito de homicidio o de lesiones, la muerte o la fractura del boxeador a causa de la trompada en el ring que le dio su rival,⁴⁷ es una com-

⁴⁷ Se dirá, acaso, que hemos elegido para nuestro análisis un mal ejemplo, porque contando el boxeo con una minuciosa ordenanza del Municipio de Buenos Aires que lo reglamenta en todas sus partes, ya no se trataría de la libre reglamentación de las asociaciones deportivas sino de rigurosas normas jurídicas específicas. Pero el argumento es malo porque trata solamente de eludir el fondo del asunto. Basta pensar, en efecto, en la cantidad de municipios argentinos que carecen de semejantes reglamentación municipal y que sólo conceden la realización de los espectáculos. Lo hemos elegido por ser el ejemplo clásico de los tratadistas, para facilitar la comparación con nuestro análisis y porque ofrece matices muy interesantes. Por lo demás, en el texto contemplamos la hipótesis extrema de los deportes nuevos, todavía sin reglamentación ni siquiera por las asociaciones deportivas. Es que en realidad los casos abundan; el rugby, no reglamentado por el municipio de Buenos Aires y con la doble forma inglesa y norteamericana, ofrece una complicación muy ilustrativa y embarazosa para el racionalismo, debido a esta dualidad de práctica deportiva. No menos arduo es el caso que plantea la cirugía estética cuando el paciente queda deformado, porque el arte de curar se desenvuelve aquí al margen de toda preservación de la salud. Y en todo esto la comprensión conceptual de sentido como fundamento del conocimiento jurídico, no encuentra ni más ni menos dificultades que las que ofrece el delito más torpe, como apre-

comprensión axiológica inmediata del acto de la trompada; en la República Argentina tienen esta comprensión tanto los legos como los técnicos. El hecho es que el juez penal llega a afirmar que los artículos de nuestro Código sobre homicidio (o lesiones) no se refieren a tales casos, a pesar del texto literal. Que si para objetivar la conceptualización de aquella su valoración, el juez invoca el hecho de que se trata de un deporte admitido por la autoridad municipal, diciendo entonces que el Código Penal no se refiere a los casos de muerte o lesiones deportivas, es algo que no suscita reparos. Pero precisamente aquí podemos ver la diferencia científica entre las doctrinas egológica y racionalista, dentro de una concordancia de solución que sólo es aparente, porque el racionalismo llega a ella traicionando su propio punto de vista.

En efecto, para no incriminar la trompada, una cosa —a la verdad muy simple y muy real— es partir de la comprensión axiológica de la trompada y luego, sobre esta base, exteriorizándola o expresándola conceptualmente, decir que la ley penal no se refiere a la muerte o lesiones deportivas; con esto el pensamiento jurídico no tiene ningún ulterior camino a recorrer, porque su punto de partida, siendo un hecho —el sentido de la trompada—, tiene su punto final en la misma realidad del propio hecho sobre cuya existencia huelga toda ulterior pregunta, porque ninguna pregunta puede hacer caducar esa existencia. Y otra cosa muy diferente es, para no incriminar la trompada, partir de la ley penal cuya literalidad la incriminaría, e invocar luego que el boxeo es un deporte admitido en el ordenamiento jurídico, pretendiendo con esto *deducir* de la consideración unitaria del ordenamiento, que la ley penal no se aplica a la muerte o lesiones deportivas. Pues esta deducción no pone un punto final necesario al recorrido del pensamiento jurídico; por el contrario, con indudable anticientificidad le permitiría ir al infinito. En efecto, ya

ciará el lector. Deseo, aquí, testimoniar mi agradecimiento al eminente criminalista y estimado amigo, Dr. Laureano Landaburu, por sus valiosas sugerencias y por el control que en todo momento me ha significado su saber penal, cuando ha tenido a bien leer este trabajo antes de su redacción definitiva.

que para el racionalismo se trata de deducirlo todo, aquella invocación a un deporte admitido por el ordenamiento jurídico, todavía no basta para deducir el detalle de si el ordenamiento admite ese deporte con las limitaciones de las reglas fijadas por las entidades deportivas o si lo admite a secas sin señalársele limitación. Las dos posibilidades tienen la misma legitimidad lógico-formal, que es el plano en que el racionalismo se coloca cuando pretende deducirlo todo, en cuanto ambas acogen la simple referencia a un deporte aceptado por el ordenamiento.

Si para optar por el primer criterio se dijera que va sobreentendido que la aceptación de un deporte por el ordenamiento es en la forma reglamentada por las entidades deportivas, entonces hay ya algo que no es deducido sino sobreentendido y el racionalismo habría traicionado su punto de vista al tomar con ello un hecho, no siendo de extrañar que concuerde entonces con la teoría egológica porque entonces la solución es perfectamente egológica: aquello sobreentendido no es sólo que haya normas deportivas, sino en particular la justeza expresiva de las normas deportivas, siendo claro entonces que aquello sobreentendido sólo es la comprensión colectiva que de hecho se tiene sobre el sentido de este deporte.

Por el contrario, si para dar al razonamiento jurídico un exclusivo soporte lógico-formal (o lógico-abstracto como está de moda decir), optáramos por el segundo criterio —el deporte admitido a secas, sin aclaraciones, con tal de que estuviese admitido—, iríamos a parar, como en campo abierto, al infinito de posibilidades de este concepto, salvo que otra vez traicionaríamos de la misma manera el racionalismo echando mano nuevamente de distinciones fácticas fundadas en la comprensión jurídica de ciertas trompadas; por ejemplo, su prudencia o imprudencia, su aptitud para poner o no en peligro la vida o la integridad del otro pugilista, etc.; y entonces se diría que el ordenamiento jurídico admite el boxeo sólo en la medida en que no ponga en peligro la vida o la integridad del prójimo, o sólo en

⁴⁸ Véase el siguiente fallo del Juez, Dr. José C. Miguens, registrado con el n^o 1644 en la revista "La Ley", tomo 4, pág. 699, año 1936, Buenos Aires. "La teoría de la irresponsabilidad del jugador por los

los límites de la prudencia, etc.⁴⁸ Por ejemplo, en esta hipótesis, si un boxeador descubre su guardia por estar exhausto, ¿no es ya una imprudencia pegarle innecesariamente con el máximo de violencia en el mentón la trompada causante de su muerte o de la lesión? Pues no debe olvidarse que la lógica —y con ella el racionalismo— trabaja con las puras posibilidades denotadas en la universal extensión de los conceptos; por eso, frente a la concreción de un hecho, resulta abstracto el método lógico-formal que, como tal, se apoya en lo posible de un concepto.

Resumiendo, así, nuestro análisis del precedente ejemplo, diríamos: El problema consiste en saber por qué no se castiga como homicidio o lesiones la trompada del boxeador que mata o fractura a su contrincante en el ring de un golpe en el mentón. Para dar su respuesta el racionalismo parte de las normas del Código Penal y como con esto el resultado sería condenatorio, busca de conectarle al

daños causados en el caso de haberse ajustado a las reglas del juego, sólo es aplicable a aquellos juegos que requieren velocidad en las acciones o violencia en las mismas.

“Los reglamentos deportivos, aun cuando contienen disposiciones de seguridad, no alcanzarían a conjurar los riesgos; y sus lagunas o autorizaciones no tienen la virtud de derogar las leyes ni los preceptos generales del derecho.

“La observancia de los reglamentos del juego no eximen al jugador de las demás obligaciones de prudencia, de cuidado y respeto recíproco que deben presidir los actos en general, si ellas pueden tener aplicación dentro de su actividad.

“La torpeza (no ahora la imprudencia) en materia deportiva es cuestión sumamente delicada por los diversos matices que puede ofrecer la multiplicidad de los deportes. La torpeza en el juego, en que se vence precisamente mediante la superioridad que tienen unos sobre otros en la habilidad y en las reacciones, obscurece extraordinariamente la percepción de la frontera que puede existir entre lo fortuito y lo que puede ser causa de imputabilidad”.

En glosa al pie, LORENZO CARNELLI comenta esta sentencia con exhaustiva erudición de criminalista. Y aquí, su fina sensibilidad de gran jurista, no sin exteriorizar su sorpresa por la novedad, aplaude el hallazgo intuitivo del juez Miguens que, al aceptar como buena la doctrina de la validez de la reglamentación deportiva, la restringe “a aquellos juegos que requieren velocidad en las acciones o violencia en las mismas”. ¡Hermoso caso de intuición judicial, al parecer sin antecedentes académicos en los libros, que ajusta la norma a la vida y que sólo de la comprensión en presencia de la vida misma pudo haber salido!

Código por su periferia otras normas que excluyan la trompada de sus figuras delictivas, diciendo que el ordenamiento jurídico admite periféricamente la práctica del boxeo. Así puede construir este silogismo de consecuencia única y forzosa: Premisa mayor: las normas positivas del ordenamiento en conjunto no castigan las trompadas deportivas. Premisa menor: este hecho es una trompada deportiva. Conclusión lógica: luego este hecho no está castigado.

Sin embargo, hemos visto que a la premisa mayor se la hace jugar con una limitación que no está en su mero enunciado, porque se sobreentiende que las trompadas deportivas están admitidas en la forma única que indican los reglamentos deportivos, en cuya justeza expresiva se contiene la valoración social del sentido de tales trompadas. Y esto es simplemente un hecho.

Para no caer en el engaño que proviene de este sobreentendido, habría que formular el silogismo de esta otra manera más limpia:

Premisa mayor: El Código Penal, que describe el hecho punible *a*, más los reglamentos deportivos, que describen el hecho no punible *a'*, dan como tipo incriminado: *a-a'*.

Premisa menor. Esta trompada es un hecho *a'*.

Conclusión: La trompada *a'* no está en el tipo *a-a'* (sentencia absolutoria).

Pero es fácil de ver que la premisa mayor está mal construida, pues a pesar de lo que verbalmente se dice, los reglamentos deportivos no se agregan al Código Penal, complementándolo; sino que lo eliminan: se enuncia una suma y el tipo penal resulta una resta! Para el mismo resultado silogístico, como premisa mayor basta atenerse a los reglamentos deportivos.

De aquí emergen las siguientes objeciones: ¿Acaso las autoridades deportivas tienen competencia jurídica para restringir el alcance o dejar de lado las normas que da el Legislador? ¿O es al Intendente municipal a quien se le ha de reconocer esta competencia? ¿Qué sería, entonces, de la pirámide jurídica que nos muestra escalonada la jerarquía de los órganos creadores del Derecho? Y por último: ¿dón-

de queda, en este silogismo jurídico, la enunciación básica de los penalistas racionalistas, de que la ley es la única fuente del Derecho Penal, si la ley es puesta de lado por los reglamentos deportivos y la premisa mayor se construye, en rigor, sin la ley penal?

Para la tesis egológica, el mismo silogismo se construye de esta otra manera, que no presenta ninguna de aquellas dificultades:

Premisa mayor: El Código Penal, el cual mienta un substrato de conducta *a* y un sentido de conducta *b*.

Premisa menor: Esta trompada, que tiene un substrato *a* y un sentido *c* (acreditado este último, objetivamente, por los reglamentos deportivos).

Conclusión: La siguiente sentencia absolutoria: el Código Penal no se refiere a esta trompada.

La teoría egológica para dar su respuesta, no parte de las normas del Código Penal, sino de la trompada misma, en cuanto que conocerla es comprender su sentido. Sobre esta base, en un juicio de comparación puede decir que este sentido no es el sentido expresado en las normas del Código Penal (y por eso se explica la admisión del boxeo por el Estado), de modo que en forma directa puede concluir que el Código Penal no es aplicable al caso, sin anticipar la conclusión como en la premisa inicial del raciocinio racionalista. Y la referencia a los reglamentos deportivos no contiene para nosotros nada sobreentendido, como el conejo del prestidigitador que también va sobreentendido en la chistera para poder operar su infantil milagro, sino la constancia fáctica y expresa de las valoraciones en juego que nos certifican que no es una apreciación subjetiva la de asignarle por comprensión un sentido no criminal a la trompada del boxeador.

En todo esto cree el racionalismo que se trata simplemente de una comparación entre el hecho físico mentado por la norma y el hecho físico desarrollado por la trompada del pugilista, sin darse cabal cuenta de que no entra en uno de los términos de su comparación la norma del Código Penal como es su pretensión sino la norma de los reglamentos deportivos; pues ésta no aparece integrando o

complementando la norma del Código Penal, sino desplazándola. La teoría egológica, en cambio, advierte que se trata de la comparación de dos conductas, que son sendos hechos con su sentido inmanente, a saber: la conducta mentada por el Código Penal y la conducta que es la trompada. En consecuencia, para la teoría egológica hay que comparar también el sentido espiritual dado por la norma del Código Penal en su mención y el sentido espiritual que la trompada tiene de por sí con independencia de la norma, y de cuya asignación correcta y objetiva, al margen de todo capricho o apreciación individual, dan plena constancia los reglamentos deportivos. De este modo, para la teoría egológica los reglamentos deportivos aparecen adscriptos al hecho en bruto de la trompada en calidad de datos expresos de sentido, razón por la cual ellos integran la premisa menor de tal manera que su comparación directa con el sentido mentado por el Código Penal hace ver que no corresponde subsumir la trompada en el articulado del Código Penal. El racionalismo, en cambio, coloca los reglamentos deportivos en la premisa mayor después de haberlos buscado en la periferia del ordenamiento como normas integrantes del mismo (si bien olvidando en esta búsqueda la estructura escalonada del ordenamiento jurídico); y los coloca en la creencia de que así complementa las normas del Código Penal a fin de cumplir su intento de deducir totalmente de la red de normas, el sentido de una experiencia cultural como si la experiencia humana nada aportara a este respecto, tal como ningún sentido contiene en su esfera la experiencia natural o física. Pero ya vimos el sobreentendido empírico que desliza el racionalismo al remitirse a la justeza expresiva de las normas de los reglamentos deportivos y de lo cual deriva que la norma del Código Penal queda desplazada y sustituida, no integrada o complementada como se nos dice en un razonamiento falaz, bajo el lema de que la ley es la única fuente del Derecho Penal.

El lector dirá cuál de estas dos respuestas es más sencilla y cuál de ellas, fiel a sus propios presupuestos gnoseológicos, desarrolla el tema sin traicionarse a sí misma en el camino. Por lo demás, como piedra de toque final, obsérvese que la solución egológica no se altera y resulta uti-

lizable como criterio jurídico en la hipótesis de que se tratara de prácticas deportivas nuevas, admitidas por el ordenamiento jurídico pero todavía no reglamentadas en ninguna parte: hipótesis que pondría al racionalismo en figurillas, porque no sabemos qué normas deportivas habría entonces de sobreentender: si el caso de lesión u homicidio se produjera en la primera práctica, al margen de la comprensión directa de su sentido sobre la base del hecho mismo, no habría camino indirecto para ponernos en contacto con la realidad.

16) *El empirismo examinado en el contrato inmoral*

No es diferente, en el fondo, la situación en que se enreda la doctrina civilista de la causa en las obligaciones frente a sus casos críticos. Véase el siguiente conocido ejemplo, donde destacaremos, a un tiempo, la ambigüedad de la noción “causa final” —que va usada como teleología psicológica y como juicio de valor— y el fracaso del razonamiento que se creía jurídicamente feliz, pues, llevado a sus extremos, habrá de traicionar su propio punto de vista.

Sea el caso de *A* que se obliga a no violar una ley a cambio del precio que le paga *B*. El problema consiste en fundar la nulidad jurídica de esta convención, desde más allá de la mera imputación normativa a que se atiene el racionalismo. Para ello, el causalista distingue entre objeto y fin (causa) del contrato. El objeto jurídico para *A* es su obligación de no violar la ley (obligación que, por cierto, consiste en una figura normativa —plano conceptual— establecida por el contrato e inserta por su intermedio en el ordenamiento jurídico), pero su fin es recibir el dinero, vale decir, la prestación de *B*. A la inversa, el objeto jurídico para *B* es su obligación de pagar (figura normativa), pero su fin es la prestación de *A*. Aquí —se argumenta— el objeto del contrato es lícito, pero su causa es ilícita, por cuya razón procede su nulidad. En efecto, la no violación de una ley es algo lícito y también lo es la fijación de un precio como retribución de servicios por un acto lícito. Permaneciendo en el plano de la mera imputación contrac-

tual (racionalismo), este contrato no podría anularse porque las obligaciones de *A* y de *B*, que es lo que está contratado, son dos objetos jurídicos lícitos. Sin embargo, para hacer jurídicamente inteligibles a las prestaciones o hechos que corresponden a tales obligaciones, es decir, pasando al plano de la experiencia porque la Ciencia del Derecho es una ciencia de realidades, hay que ver la relación real de concatenación o dependencia recíproca en que ambas prestaciones, en tanto que hechos, están; la cual relación de dependencia no consiste en la mera imputación recíproca de las obligaciones, única cosa que da el contrato, sino en la relación teleológica entre dichas prestaciones, donde uno paga a fin de que el otro no viole la ley, y donde el otro no viola la ley a fin de que el primero le pague.⁴⁹ Entre los hechos como tales hay una teleología consciente o psicológica (causa final) que los hace inteligibles y que no es el nexo lógico y proyectivo de deber ser del contrato, sino un nexo real y determinante entre los hechos mismos. Ahora bien, a este ejemplo lo dan los autores causalistas suponiendo que la obligación pactada por *A* es no cometer un crimen. Y entonces dicen: aunque el objeto del contrato es lícito, su causa es ilícita (y por lo tanto, el contrato es nulo) porque la concatenación real de las prestaciones —aclarada y establecida por su causalidad teleológica consciente— es ella misma *immoral* (nosotros diríamos: es *desvaliosa*, para ser más precisos y exactos): lo immoral no es poner un precio a los servicios ni tampoco no violar la ley, sino hacerse pagar *a fin* de no violar la ley.

Pero nada cuesta ver que aquí se ha superpuesto, con equívoco, a la noción de finalidad en tanto que teleología consciente la noción de finalidad en tanto que juicio de valor; y que la primera noción, donde la conceptualización finalista conserva todavía su sentido auténtico, no sirve para dar razón de lo que se quería dar razón, a saber: la nulidad del contrato por su ininteligibilidad jurídica.

En efecto, si la obligación de *A*, en lugar de ser no cometer un crimen, fuera no violar una ley rematadamente

⁴⁹ Obviamente cuando aquí se razona mediante la expresión “a fin”, no está mentado un acto de voluntad del sujeto mismo, como requiere la teleología, sino simplemente un deseo de él.

inmoral (piénsese en una ley reglamentaria de la prostitución como fuente de ingresos para el Estado o en una ley de organización del espionaje), veríamos lo siguiente: 1º) Que los valores morales son irrelevantes para nuestro problema porque los que están en juego siempre en él son valores jurídicos y no valores morales. Por eso más arriba anotamos, que en lugar de finalidad inmoral, debería decirse finalidad desvaliosa. Conocida es la filiación jusnaturalista de la tendencia ideológica que clama por una moralización del Derecho, como si éste necesitara de la Moral para tener contenido espiritual, retrocediendo más allá del momento, científicamente indispensable y fecundo, en que Tomasio y Kant separan las esferas de la Moral y el Derecho. 2º) Que si por contrato *A* se hace pagar a fin de no violar una ley de espionaje o de diplomacia secreta, la concatenación real entre las prestaciones de este contrato, en cuanto que teleología consciente, subsiste exactamente en los mismos términos que la del ejemplo anterior utilizado por los modernos civilistas partidarios de la causalidad: en uno y otro caso se da una relación teleológica similar. Pero ésta, que sólo enuncia un ser, es decir, lo que es, resulta impotente de por sí para aclararnos si el contrato *debe ser* anulado por falta de causa o porque la causa sea ilícita. Si la causa es la finalidad consciente, el contrato de nuestro ejemplo no puede ser anulado por falta de causa puesto que la relación teleológica existe de la misma manera que en el otro ejemplo. Y si el contrato debe anularse porque su causa es ilícita, es claro que no se señala meramente el hecho de su finalidad (causa) como quien encuentra un hecho, sino que se está interpretando la serie causal donde todos estos hechos están por igual.

Y bien, al interpretar la serie de hechos en busca de su sentido jurídico —lo que implica referirlos a determinados valores, según vimos—, nada nos ayuda la Moral: Acá es inmoral lo que la ley estatuye, v. g.: participar en el espionaje o pagar patentes prostibularias. De esto se infiere, por el contrario, que es moral la causación teleológica de un contrato opuesto, realizado con el propósito de violar estas leyes. Pero a todas luces, a pesar de esta finalidad moral, sigue en pie incólume la cuestión de saber si este contrato debe ser anulado en razón de la primacía de la

ley, como sigue en pié, en el caso de que el contrato fuera, al revés, para no violar estas leyes inmorales, la de saber también si debe ser anulado en razón de su ilícita causa, que es el ejemplo que nos interesa y donde es claro que *lo ilícito* de la causa no alude a la ilegalidad (como en el ejemplo primero), ni ahora tampoco puede pensarse en la inmoralidad (como habría de entender la doctrina que consideramos), sino al sentido que en cuanto valoración jurídica (orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia) tendría el cargo mutuo de prestaciones para no violar, por precio, una ley de prostitución, de espionaje o de diplomacia secreta. A nuestro juicio, habría de verse, haciendo inteligibles los hechos, si este contrato es orden, ritualismo o desorden, seguridad o inseguridad, paz o discordia, justicia o injusticia, etc., para anularlo en razón de lo que mal se llama causa jurídica, en los casos de desvalor. Así, la revelación de un secreto diplomático por parte de un periodista, podrá juzgarse como moral o inmoral a la luz del humanitarismo liberal o del patriotismo nacionalista, respectivamente; pero es claro que jurídicamente tendría muy poca fuerza de convicción hacer depender de esto su incriminación legal dentro de las tradiciones de un Estado como la República Argentina. Para ello tenemos que ir siempre a la valoración jurídica: si con aquel acto sufriera únicamente el prestigio del Estado (incluso su prestigio jurídico como poder), no parece que el desvalor realizado justifique ni una pena ni una reclamación por daños ni una multa. Pero si el desvalor realizado comprometiera la seguridad del Estado, el asunto cambia de aspecto.

Retrofiriendo, desde su final, estos ejemplos críticos al análisis que hicimos más arriba cuando hablamos de la teleología y el contrato, se ve muy en claro lo siguiente:

1) Que el problema de sentido que quiere resolver el jurista gira en torno de valores jurídicos (orden, seguridad, paz, justicia, etc.) y no en torno de valores morales (caridad, nobleza, veracidad, templanza, pureza, etc.).

2) Que estos valores jurídicos no son los que predicán una calidad en la finalidad de los actos, en cuanto algo se hace digno de ser erigido en fin por alguien sólo si tiene semejante calidad; sino que esos valores jurídicos emer-

gen directamente de la conducta desarrollada, calificando a ella y no al fin querido.

3) Que la estructura teleológica de la conducta: "medio-fin-valor del fin" (cosa que, sin ir más allá, sólo interesa a la apreciación de sus valores técnicos o de ejecución), es cosa diferente de la representación de los valores jurídicos de la conducta misma, porque estos valores están, a un tiempo, en todos los tramos de aquella estructura. Por lo cual no puede suplirse con el valor de los fines el papel que juegan los valores jurídicos en el conocimiento dogmático. Y esta desubicación es el primer error del causalismo civil.

4) Que la estructura teleológica de la conducta subsiste inalterable aunque el valor del fin cambie su signo en desvalor. Con lo cual se ve que si se quiere utilizar la teleología para fundar alguna diferente consecuencia jurídica en mérito de ese cambio, se superpone a la noción de teleología como relación de finalidad, otra noción de teleología como apreciación axiológica. Y esta superposición es el segundo error del causalismo civil.

5) Que la estructura teleológica como tal de la conducta tiene su fin en el último acto que realiza el sujeto de cuya voluntad se trata, no teniendo papel de fines en la escueta relación teleológica ni los actos precedentes ni los meros deseos ni el valor propio de los fines. Con lo cual se comprende que una confusión en cualquiera de estas tres direcciones, nos lleva, según ya vimos, a una conceptualización incorrecta de la relación teleológica con desviación del asunto. Y esta incorrección es el tercer error del causalismo civil (ver supra cap. 13).

17) Papel de la ley en la tesis egológica

En el ejemplo del delito deportivo, hemos presenciado el fracaso del racionalismo anti-causalista, porque aquella actitud ha tenido que descender a la experiencia para hacer jurídicamente inteligible el fenómeno que la preocupaba. Y en el ejemplo del contrato inmoral hemos presenciado el fracaso del empirismo causalista, porque esta ac-

titud no ha podido radicarse ni siquiera en la experiencia psicológica mediante el encuadre finalista y ha tenido que recaer en la experiencia jurídica con su específica valoración, para hacer, a su vez, jurídicamente inteligible el fenómeno que la preocupaba.

El análisis de estos ejemplos críticos (lesiones deportivas, cirugía estética, contratos para cumplir leyes inmorales, etc.), nos ha permitido ver en concreto no sólo la insuficiencia de los fundamentos de las doctrinas dominantes, causalistas o anti-causalistas; no sólo también la verdadera naturaleza del problema encubierto por ellas; sino que nos permitirá, recapitulando, insistir en el papel que juega aquí la norma (ley o contrato), ya que, con grande incompreensión o con no menos grande malevolencia, los opositores de la teoría egológica mantean el argumento fantasista de que la teoría egológica reduce a nada el papel de la ley y concluye en derecho libre.⁵⁰

Nosotros hemos asentado la cuestión en la necesidad que surge para el jurista de hacer inteligible su fenómeno jurídico. La misma necesidad que ha tenido el físico de hacer inteligible el fenómeno natural, la ha tenido el jurista frente al fenómeno jurídico. Este concepto "necesidad de hacer jurídicamente inteligibles los fenómenos en que el Derecho se da", unifica la temática del esfuerzo realizado por los civilistas, penalistas y jusfilósofos porque indica lo que hay de común cuando se ha hablado de la causa en las obligaciones y actos jurídicos, de la causa en los delitos y de por qué otro deber jurídico subsigue al deber incumplido, que fue nuestro punto de partida. Sólo que la necesidad tenida por los físicos encontró su solución en la concepción causalista de la Naturaleza, a estar a las investigaciones citadas de Meyerson; en tanto que la necesidad tenida por los juristas no ha encontrado ni puede encontrar su solución en ninguna concepción causalista, porque la legalidad jurídica es normativa y no enunciativa y porque el objeto "Derecho" es egológico y no entitativo.

⁵⁰ Para disipar este error puede leerse con provecho nuestro ensayo *Impugnación egológica de la Escuela del Derecho libre*, en *La Ley*, t. 115, Buenos Aires, 1964.

En este sentido, es claro y exacto que mi viaje a Nueva York, del ejemplo de Schapp, no sería jurídicamente inteligible si no está contratado; que un hecho criminal no sería delito si no está típicamente incriminado por la ley penal. Aquel viaje tiene que estar pactado para poder ser jurídicamente inteligible, de la misma manera que este hecho tiene que tener su ley penal para poder ser inteligible como delito. La importancia que asignamos a la norma (ley o contrato) es la de una condición indispensable. Por de pronto es la condicionalidad que impone la Lógica formal (una lógica formal, como luego recordaremos, que tiene un papel constitutivo con relación a los cuatro modos del ser jurídico: facultad, prestación, entuerto y sanción), porque lo que hace la norma, siendo pensamiento, al imputar a una representación como antecedente otra representación como consecuente, viene a ser formular un pensamiento intelectualmente válido para referirse a los hechos de conducta integrándolos. Y no se puede decir que se disminuye el valor de la norma, al declarar que la indispensable condición que ella pone es la de la Lógica jurídica formal, porque esto significa que en la Ciencia del Derecho la normación, al hacer cuerpo con el ser jurídico, juega un papel similar al principio de identidad o al principio de contradicción en la ciencia física: así como una enunciación contradictoria descarta, por su contradicción, la posibilidad de que se nos esté enunciando una ley natural, sin necesidad de dar otra clase de argumentos, así también, sin la correspondiente normación, es imposible que un determinado acto de conducta pueda resultarnos jurídicamente inteligible. No puede faltar este *logos* que es parte del *logos* completo de la conducta. La Lógica formal (del ser o del deber ser), en tanto que legalidad del pensamiento válido, es condición previa para la inteligibilidad de todo fenómeno que haya de ser captada y expresada por el propio pensamiento; en esto se juega una fidelidad a las leyes del propio pensamiento que a esa inteligibilidad le da su ser. Por esto hemos dicho que la consecutividad de las normas aclara únicamente *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes jurídicos, es decir, elucida que “los deberes se suceden en una normatividad *que es así...*”.

Este es el papel de la norma, en su ser pensamiento, den-

tro de la teoría egológica. Su paralelo con el principio de identidad, dentro del pensamiento jurídico, resalta con la consideración de que únicamente en forma normativa se puede mentar la conducta en su viviente libertad; es decir, de que sólo en esta forma se puede mantener la referencia mental al objeto jurídico. Pero todavía ha de insistirse en su otro y segundo papel, en cuanto la conducta está integrada por la misma norma que la mienta. Ya lo dijimos más arriba: La norma mienta la conducta, tanto en su substrato como en su sentido; esto hace que el sentido jurídico sea un sentido *mentado* (esto es, un sentido pensado con independencia de la intuición concreta y, en consecuencia, un sentido pensado con anticipación, como un programa que por su efectividad contiene desde ya la proyección futura de la conducta), de modo que al vivenciar emocionalmente este sentido jurídico ha de vivenciárselo tal como es, como sentido mentado, por lo tanto en forma usual o conceptualmente emocional y no libremente emocional. Así el concepto normativo, en el derecho legislado, está integrando el sentido de la conducta y, con ello, la conducta misma. Esta integración se opera sólo por el sentido y no por el substrato, aunque la ley mienta ambas cosas, porque el substrato, que se percibe (o lo inferimos de percepciones), no tiene la misma existencia que la ley, que la tiene vivencial; en tanto que el sentido, al vivenciarse, refunde la suya con la de la ley en una compleja vivencia única y por eso se la deberá en parte. Esto explica que sea el caso de experiencia lo que está referido a la ley, considerando el substrato al hacer la subsunción conceptual; pero que, al revés, considerando el sentido, resulte ser la ley lo referido al caso, al hacer la calificación del hecho, desde que ya el hecho tiene ese sentido inmanente con el que lo viven todos y al cual la ley le agrega su modo de ser como siendo un sentido "mentado", es decir, dado como proyecto.⁵¹

⁵¹ En el siguiente fallo, registrado bajo el N° 29.686, en el tomo 62, año 1951, de la revista LA LEY, de Buenos Aires, se ve con total nitidez no solamente cómo el sentido inmanente de la conducta decide acerca de su ser delito y cuánto este sentido depende de las valoraciones ambientales, según hemos explicado más arriba a propósito del delito deportivo, sino que además está considerada la invocación normativa como el momento negativo que descarta la vivencia de una contradic-

Con esto se ve que en el Derecho hay algo más que la norma y que este algo es algo existente. Sea que atendamos al substrato de la conducta (cuya existencia no es la de la norma), sea que atendamos al sentido de la conducta (cuya existencia en su parte modal es la de la norma), estamos incidiendo en una existencia, de la cual, como de toda existencia, sólo como experiencia es legítimo hablar. Por eso

ción y luego la invocación axiológica como el momento positivo que se toma de la experiencia en tanto que entendimiento societario, para establecer el ser del caso concreto como un consistir llevado a sentencia.

Dice así este fallo, rebosante de fuerza de convicción y de sentido común, frente a una pretensión racionalista muy acentuada (los subrayados son nuestros):

1º *Instancia*: Buenos Aires, Nov. 16-1950. CONSIDERANDO: 1) Que los recurrentes en el escrito de fs. 4 y ratificación de fs. 18 y 19, invocando el carácter de únicos universales herederos del Dr. Belisario Roldán, deducen la acción en contra de los representantes de Sidra "La Victoria", titulándose damnificados por la publicación no autorizada de los avisos de propaganda insertos en los diarios "La Prensa" y "La Nación", conteniendo el "principal y más logrado párrafo del discurso pronunciado por el Dr. Belisario Roldán, en Boulogne sur Mer, el 24 de octubre de 1909, cuando se inauguró el monumento al Libertador General San Martín en dicha ciudad".

2) Que la cuestión así planteada puede y debe ser dilucidada de inmediato, sin requerirse para ello investigación previa, pues surge con evidencia plena del propio contexto del escrito de fs. 4 la inexistencia de hecho delictuoso alguno, dado que la ley de propiedad intelectual que se cita en apoyo del derecho que se dice vulnerado, no ha creado otras figuras delictivas que las taxativamente enumeradas en sus arts. 71, 72, 73 y 74, vale decir, cuando se haya cometido la defraudación sancionada por el código de fondo, pues el art. 71 no hace sino remitirse a él, o bien cuando se ha transgredido alguno de los otros tres artículos citados, en ninguno de cuyos supuestos encuadra el caso en examen. Así lo ha resuelto reiteradamente el superior (Fallos, II, 275; IV, 691; VI, 358; J. A., t. 65, p. 537).

Además de no encuadrar el hecho denunciado en ninguno de los preceptos legales antes expuestos, es de tener en cuenta que la ley 11.723 no ha sido dictada con el propósito de extender la protección de los derechos de autor a los límites de lo absurdo, pues no otra cosa significaría sancionar la conducta del autor de tal inserción, cuando es evidente que la querellante no ha sufrido despojo alguno por no haber mediado la correlativa apropiación de sus derechos por parte de la acusada, dado que la simple reproducción del párrafo que se cita del discurso del Dr. Belisario Roldán y en la forma que se observa en los avisos de fs. 2 y 3, así lo pone de manifiesto.

Por todo ello, oído el agente fiscal, resuelvo: 1) Tener por parte querellante en esta causa a Arnolda B. de Roldán y Belisario J. Rol-

la teoría egológica investigará el papel de la experiencia en el Derecho e invocará un juicio de existencia fundamental para el jurista, donde encuentre su raíz común la existencia del objeto egológico como substrato y como sentido.

A esta altura de nuestro discurso, hemos llegado ya a ver el papel, principalmente negativo pero no por ello me-

dán y por constituido el domicilio legal indicado. 2) Desestimar la presente querrela por no constituir delito el hecho denunciado, conforme lo dispuesto en el art. 200 del cód. de proced. crim. Con costas al querrellante. SADI C. MASSUE. Ante mí: Héctor Orozco.

2ª Instancia: Buenos Aires, Feb. 2-1951. CONSIDERANDO: Que la nulidad interpuesta juntamente con el recurso de apelación por los acusadores particulares, es de improcedencia notoria, pues de inmediato se observa que no ha sido sostenida en esta instancia, y que además no se ha incurrido en violación alguna de formas procesales que autorice su declaración oficiosa en orden a lo preceptuado por el art. 509 del cód. de proced. criminal.

Que el texto integrante del aviso extraordinario publicado por la empresa comercial Sidra "La Victoria" en los ejemplares de los diarios "La Prensa" y "La Nación" agregados a fs. 2, con el título "Señor de los Andes", como homenaje al Libertador General San Martín, reproduce entre comillas y en letra "negrita", en el primer verso de las dos primeras estrofas de las tres que componen la publicación, las palabras iniciales "Padre nuestro que estás en el bronce" del discurso pronunciado por el Dr. Belisario Roldán en el acto de la inauguración del monumento del prócer en Boulogne sur Mer.

Que el uso así aislado de esas palabras, *definitivamente incorporadas por el sentimiento público argentino a la mística fervorosa de su culto al héroe*, no puede configurar el delito que los derechohabientes del Dr. Roldán reprochan en la querrela por ellos interpuesta, pues como lo destaca con certero juicio el pronunciamiento recurrido en consonancia con la doctrina que informan los fallos de este tribunal allí recordados, la ley 11.723 de propiedad literaria no ha previsto otros tipos delictuales que el de defraudación general del art. 71 que hace remisión al art. 172 del cód. penal y las infracciones especiales taxativamente enumeradas en los arts. 72, 73 y 74, a ninguna de las cuales se subordina *la conducta examinada*, si se advierte que no se dan en la especie, evidentemente, ni los presupuestos del art. 172 del cód. penal, ni el del inc. a) del art. 72 de la ley 11.723 postulado por la querrela, toda vez que es también incontravertible que el empleo en el texto publicado de la expresión antes recordada, no comporta desde luego, la reproducción completa ni parcial del discurso del ilustre orador.

Por ello y no haciéndose lugar a la nulidad deducida, se confirma, con costas, el auto apelado en cuanto desestima la querrela promovida por no constituir delito el hecho imputado, con costas (art. 200, cód. penal). GREGORIO A. SOLDANI, HORACIO VERA OCAMPO. PRAXEDES M. SAGASTA. Ante mí: Fernando Otero.

nos necesario, que juega la norma en la inteligibilidad del fenómeno jurídico. Y hemos dicho que si el fenómeno no está normado, el fenómeno no será jurídicamente inteligible.

Pero la teoría egológica añade lo siguiente en el análisis de nuestro problema: Si la norma formula un pensamiento intelectualmente válido para referirse a los hechos de conducta integrándolos, todavía queda intacta la averiguación concerniente a los hechos mismos: puede haber norma sin que exista el hecho que ella mienta. Y esta existencia o inexistencia se nos hace tanto más patente y precisa cuanto más inteligible se nos haga el hecho al cual queremos referir la norma. Esto significa que si bien mi viaje a Nueva York no es jurídicamente inteligible si no está pactado, no es empero suficiente que esté pactado para que sea jurídicamente inteligible; esto significa también que si bien un acto criminal no es jurídicamente inteligible si no está descripto por la ley penal, no es empero suficiente que esté descripto para que sea jurídicamente inteligible como delito; y esto significa, por último, que si bien no es jurídicamente inteligible la sucesión de los deberes si no ocurre con la consecutividad inherente a las normas jurídicas, no es empero suficiente esta consecutividad para que la sucesión de los deberes sea jurídicamente inteligible (punto inicial de nuestro análisis, a cuya explicación todavía tenemos que llegar).

18) Papel y naturaleza de la experiencia en la tesis egológica

Esto que falta estando cumplida la exigencia lógico-formal que impone la norma, concierne al hecho o dato empírico, que es de naturaleza egológica y, por lo tanto, cultural. Aquí el realismo de la teoría egológica destaca que la inteligibilidad del dato sólo puede provenir de él mismo, como algo que el dato mismo suministra al jurista, no siendo este algo nada que se le añade o se le pega desde afuera, como es la idea racionalista de que toda la inteligibilidad jurídica de un acto humano está dada por la norma, por la norma que es pensamiento, a diferencia

del acto que es una realidad. Pero el punto reclama un análisis más circunstanciado porque es en extremo agudo y decisivo.

Cuando decimos que satisfecha la exigencia lógico-formal del pensamiento normativo, todavía queda intacta la averiguación concerniente a los hechos mismos, comenzando por la propia existencia de estos hechos, encontramos a la doctrina dominante, infiltrada de cientificismo naturalista, cayendo en el error de creer que lo óntico de la conducta es lo óntico de la Naturaleza; es decir, que si se trata de aprehender a la conducta desde afuera, considerándola en su mera presencia, tal como el geólogo o el zoólogo aprehenden una piedra o un pájaro viéndolos desde afuera, el jurista en ese caso sólo aprehende también hechos naturales. De ahí que la doctrina habla del hecho *externo* de la conducta o de la conducta como acaecer natural, creyendo que con esto se ha establecido ya la existencia de una conducta en tanto que hecho de la realidad; no obstante que esta externidad de los hechos de conducta obliga a integrarlos con hechos psicológicos (por ejemplo, la voluntariedad de los actos), que no son hechos del mundo externo; y no obstante que esta averiguación no alcanza a decir si se trata de esta o de aquella otra conducta por su intención y sentido.

Como es claro que la conducta existe así: con intención y sentido, no se comprende cómo se pretende afirmar la existencia de la conducta por esta vía intelectual que se paraliza antes de poder establecer que se trata de esta o de aquella conducta, siendo estas incógnitas elementos dados por aquella existencia y constituyentes de esa existencia. Es cosa sabida y evidente que con los mismos aspectos externos de conducta, podemos encontrarnos con conductas diferentes, por ejemplo por su buena o mala fe. Luego es claro que no se establece la existencia de una conducta limitándonos a la aprehensión de su exteriorización fenoménica (los llamados "hechos externos" de la conducta), si esto significase considerar en esta exteriorización lo mismo que el físico considera como fenómenos de su mundo natural.

Pero ocurre que no sólo no se establece por esta vía de la externidad física la existencia de una conducta sino que

no se la puede establecer. Nosotros tampoco renunciamos a tomar contacto con la conducta ajena por su lado “externo” como se dice, es decir a aprehenderla desde afuera considerándola primero en su perceptible presencia corpórea, como cosa, en el sentido de que a las cosas las aprehende así nuestra sensibilidad, a saber: desde afuera. Esta visión óptica de la conducta no sólo es ineludible, sino que también es el único camino para establecer e investigar su existencia. Pero sucede que al considerar la conducta desde “afuera”, es decir ópticamente, como hecho en bruto, nunca la conducta resulta una cosa de la Naturaleza, nunca lo óptico de la conducta es lo óptico de la Naturaleza,⁵² por la razón decisiva, que ha de subrayarse, de que no se puede hablar de homicidio sin homicida o de venta sin vendedor, sin incurrir en un sinsentido lógico. Para el jurista es una imposibilidad la de pensar como jurista quedándose en el plano escueto del homicidio o de la venta (es decir, de los sucesos que exteriorizan el homicidio o la venta), a semejanza de lo que hace el físico. Cuando vemos una piedra en movimiento, la Física pregunta *qué* la mueve (causa) o *qué* moverá (efecto), pero no *quién* la mueve; esta última pregunta no está contenida en el fenómeno que interesa a la Física. De la misma manera, cuando vemos un nido la Zoología pregunta *qué* pájaro lo hace, o para *qué* sirve, en el sentido causal-teleológico que aclara el ser del pájaro como ser vivo, es decir, considerando el organismo en funcionalidad con su ambiente: aquí hay ecología pero

⁵² HEDEGGER dice en *Esencia del Fundamento*, p. 63, (México, 1944, ed. Séneca): “La verdad proposicional arraiga en una verdad más *primitiva* (des-envoltura), en una patencia del ente mismo, previa a la predicativa, patencia que tiene por nombre el de *verdad óptica*. Según las diversas especies y campos del ente cambian el modo de poder patentizarse y los correspondientes tipos de determinación expositiva”. Y el mismo autor, en *El ser y el tiempo*, § 57, p. 317, (México, 1951, ed. Fondo de Cultura económica), hace explícita la cuestión de esta manera: “Pero la facticidad del *ser ahí* se diferencia esencialmente de la efectividad de algo *ante los ojos*. El *ser ahí* existente no se hace frente a sí mismo como algo *ante los ojos* dentro del mundo. El *estado de yecto* tampoco está adherido al *ser ahí* como un carácter inaccesible y sin importancia para su existencia. En cuanto yecto, es el *ser ahí* yecto en la existencia. Existe como un ente que ha de ser como es y puede ser”.

no egología, pues el pájaro como constructor del nido no es algo inmanente al nido, sino siempre un ser diferente del nido. El pájaro no queda presente, aunque inmerso, en la interioridad del nido que fabrica; el pájaro es otro ente que su nido. No hay ningún sinsentido en hablar del nido prescindiendo del pájaro, aunque sea éste su fabricante, en virtud de la trascendencia que tiene el pájaro como ente respecto del nido como ente. Pero resulta una evidente imposibilidad y un sinsentido patente, querer hablar como juristas de un homicidio sin homicida o de una venta sin vendedor, porque acá el homicida o el vendedor son algo inmanente al dato fenoménico del homicidio o de la venta. Esta diferencia óptica entre la conducta y la Naturaleza no puede ser disimulada ni desatendida por ningún subterfugio sin falsificar la experiencia jurídica. Por esta razón incontrovertible es que la existencia de un fenómeno jurídico no se puede probar "externamente" al modo de la Física. Por mucho que la norma —cosa que puede ser muy cierta—, con sus contenidos dogmáticos enuncie sólo lo que está en el plano del homicidio y no en el del homicida, o en el de la venta y no en el del vendedor, es decir por mucho que la norma, con sus contenidos dogmáticos, enuncie lo que está integrando una serie causal de la Naturaleza, no por ello el jurista, para referirse a la existencia de su fenómeno y extraer de ella algún conocimiento, está menos obligado a saltar al plano de la personalidad que está por atrás del curso de la Naturaleza. Por eso hemos dicho que el jurista *interpreta* los hechos causalmente concatenados que le ofrece la experiencia. El jurista no busca una causa sino un autor; y esto significa interpretar una cadena causal de hechos en función de la personalidad.

Para nuestro objeto no es necesario referirnos aquí al acto específico de aprehensión de la personalidad ajena, existiendo al respecto diferentes opiniones (teorías de la intro-afección, de la introyección, etc.), pues lo decisivo es que la percepción del prójimo como tal es un hecho primario y originario, que hoy la ciencia tiene por incontrovertible. Así lo evidencian las contundentes investigaciones de Charlotte Bühler, que no los objetos naturales ni ambientales sino el ser humano como tal es el motivo del primer discernimiento inequívoco del niño casi recién nacido: el

infante, mucho antes de haber llegado a distinguir a la madre o a la nodriza, ya sonríe a conciencia a las personas en general, siendo cosa bien sabida que la risa, como el habla, es cosa privativa del animal hombre en su hominalidad.⁵³

Para nuestro propósito de hacer entrar en juego, aquí, la personalidad del ser humano, basta corroborar con estas investigaciones científicas la convincente descripción efectuada sobre el tema por la fenomenología existencial. Para nuestro propósito nos basta destacar la evidencia que el jurista interpreta la cadena causal de los hechos saltando hacia el plano de la personalidad; y que en este salto hacia la personalidad no hemos abandonado el mero enfoque óptico de la conducta, razón por la cual, con ese salto todavía estamos averiguando lo concerniente a la existencia del fenómeno jurídico en su mera presencia y nada más.

19) *El juicio de existencia fundamental en el Derecho*

Es pertinente hacer aquí una consideración de mucho peso para comprobar que con el salto hacia la personalidad que forzosamente hace el jurista, permanecemos todavía en el enfoque óptico de la conducta y en la averiguación de la existencia bruta del fenómeno jurídico. Esta consideración es ésta: el ligamen inmanente del hecho con la personalidad nos permite la enunciación, *con la Lógica del ser*, del siguiente juicio de calidad en una cualquiera de sus tres variantes posibles.

⁵³ CHARLOTTE BÜHLER, *Infancia y Juventud*, págs. 45 y sgts., (Buenos Aires, 1942, Losada S. A.). Estas investigaciones han sido recientemente confirmadas por L. R. GREGORY, *Eye and Brain: Psychology of seeing*, (London, University Library Series), mediante otro método: en vez de la observación directa de la sonrisa, se ha recurrido a cámaras cinematográficas bidireccionales para medir el tiempo que dura la atención que los infantes prestan a los diversos objetos o seres que caen bajo su vista. Esta medición permanente de su actividad ocular ha arrojado un saldo tremendamente favorable al tiempo atencional por ellos dedicado a percibir la figura humana, en especial el rostro.

Este hombre, por

este acto, participa en la modificación del curso natural de los sucesos. (Aquí el juicio es afirmativo y el jurista lo usa para concebir las comisiones, sean del orden penal o del civil).

este acto, participa en la no modificación del curso natural de los sucesos. (Aquí el juicio es indefinido y el jurista lo usa para concebir las omisiones, sean del orden penal o del civil).

este acto, no participa en la modificación del curso natural de los sucesos. (Aquí el juicio es negativo y el jurista lo usa para concebir que no está dado en existencia el hecho humano que mienta la norma jurídica, sea del orden penal o del civil).

Acá vemos, a la izquierda de la llave, el plano de la personalidad al cual el jurista tiene que saltar; y a la derecha, el plano fenoménico de los sucesos que llamamos Naturaleza. Ahora bien, este juicio de calidad, en cualquiera de sus tres únicas variantes posibles, es el juicio básico del que parte el jurista cuando se refiere a la *existencia* del Derecho. Este juicio expresa nuestro contacto con la experiencia jurídica; y es evidente que sin alguna de sus formas, la obra del legislador, del juez y del jurista sería una pura divagación en un trasmundo sideral.

Pero acerca de este juicio fundamental de existencia que realiza el jurista, obsérvese lo siguiente: a) que, con sentido para el Derecho, no podría efectuárselo en ninguna de sus formas, sin referencia a la personalidad que queda a la izquierda de la llave; b) que, a pesar de ello, el juicio comprende sólo los fenómenos de la experiencia; c) que el juicio no deshace ni altera ni toca el nexo causal que hubiere entre los fenómenos que considera en tanto que Na-

turalidad; y d) que el juicio sólo toma en consideración la desnuda existencia (plano óptico) de los actos de conducta, sin esclarecerlos por dentro, en el plano ontológico, a la luz temática de su sentido axiológico o valioso.

Y bien, por ser este juicio el juicio básico de existencia que formula el jurista, es necesario aclarar que, aun en su referencia a los hechos en bruto (a saber, lo que queda a la derecha de la llave), no se trata de un juicio de la ciencia Física; en tal sentido ya hemos destacado que la conducta humana no tiene formas geométricas ni cinemáticas, ni es cromática, térmica, acústica, sávida, etc. Esto es fundamental para nuestro asunto, pues no tratándose de la Física, por ello resulta impropio haber hablado de causalidad a su propósito y haber buscado causas que nos aclaren el material que él presenta.

El juicio afirmativo, cuando dice que un acto humano participa en la modificación del curso natural de los sucesos del mundo, por su calidad afirmativa, se presta a ser tomado con error como si fuera un juicio similar a los que formula la ciencia Física, porque se dirá, con razón, que el hombre está en el mundo, atribuyéndole entonces —esta vez sin razón—, el carácter de una causa más entre las que operan en el mundo determinando el curso efectivo de los sucesos. Pero a poco que se reflexione sobre los correlativos juicios negativo e indefinido, se aclara el sentido de este juicio afirmativo a ellos ligado por su sentido lógico y se disipa el error de creer que se trataba de un juicio similar a los de la ciencia Física.

En efecto, físicamente no tiene sentido decir que un acto humano no participa en la modificación del curso natural de los sucesos del mundo, porque la Física nos enseña que todos los sucesos del cosmos constituyen una sola cadena causal,⁵⁴ como lo reconoce la teoría penal de la equivalencia de condiciones; de modo que si el sentido de la enunciación negativa fuera un sentido físico, el jurista nunca podría echar mano de esa enunciación por la misma razón que no echa mano el físico. Pero la verdad es que el jurista recurre a ella y que la enunciación no tiene sentido para la Física pero sí lo tiene para el Derecho.

⁵⁴ Ver supra, nota 11.

Y, paralelamente, es más sin sentido físico todavía, decir que un acto humano participa en la no modificación del curso natural de los sucesos del mundo —como vendrían a decir los juristas en nuestra hipótesis cada vez que hablan de un delito por omisión o de una obligación de no hacer—, no sólo porque el curso de los sucesos del mundo es algo que transcurre como modificaciones sucesivas de los estados precedentes sino también porque cuando con este juicio indefinido se reconoce que el hombre *participa* en la no modificación se viene a reconocer que el hombre está en algún lugar que no es el mundo, desde que todo lo que está en el mundo participa causalmente en sus modificaciones. Y es claro que colocar al hombre en alguna parte que no sea el mismo mundo, es estar intelectualmente en pleno desbarajuste científico: como es igualmente claro que, para la Física, la noción de participar en la no modificación del curso del mundo, es un contrasentido, porque la Física no conoce otro mundo que ese constituido por las modificaciones fenoménicas.⁵⁵

Así, pues, los tres modos del juicio existencial que formula el jurista —los que para él son de un sentido tan indubitable como que constituyen su punto de partida—, no

⁵⁵ El análisis de la categoría de calidad es todavía una de las grandes lagunas de la Lógica. Después del genial descubrimiento de los juicios indefinidos por Kant, el problema sufrió un retroceso y quedó poco menos que descalificado, bajo la idea, predominante en la mayoría de los lógicos, de que a pesar de un inasible matiz, no había diferencia entre el juicio indefinido y el negativo. De ahí fué que se hizo un lugar común decir que el juicio indefinido sólo le sirvió a Kant para guardar la simetría de sus tablas categoriales. Pero esto acusa un unilateral enfoque del asunto con vistas a una experiencia de necesidad. Para el Derecho aquella diferencia es resaltante e ineludible, como puede apreciarse en el texto. Sin embargo, tampoco la categoría de calidad ha sido analizada por los justilósofos, que se han limitado a dar por sobreentendida la opinión hecha tradicional. De aquí las dificultades que ofrece la conceptualización de los delitos por omisión y las obligaciones de no hacer, que reclaman el juicio indefinido y sobre los cuales no podrá jamás lograrse claridad sin recurrir a ello. Desprovistos de antecedentes directos, nosotros hemos realizado este análisis de la categoría de calidad en *La Teoría egológica del Derecho*, págs. 183-4, 517-27 y 697-702, (Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot). La categoría de modalidad cuenta con un análisis en algún grado similar, como puede verse en HARTMANN, *Ethics*, cap. XXIII, párrafo b, (Londón, 1932, Allen and Unwin).

son juicios de la Física a pesar de ser juicios de existencia.

Y en tal caso, es de superlativo interés sacar la conclusión que ofrece este fundamental juicio de existencia dentro del que se mueve totalmente el jurista, a saber: comprender que la noción de causa ha sido mal llevada a la Ciencia Dogmática. En efecto, el hombre, como *autor* del acto (sujeto lógico de la proposición), se liga sin ninguna dificultad y con sentido pleno al predicado del juicio en sus tres variantes. Pero el hombre como *causa*, en donde el sujeto lógico de la proposición significaría “esta causa participa ... etc.”, da por resultado visibles despropósitos físicos en las enunciaciones negativa e indefinida y uno no menor, aunque disimulado por el equívoco, en la enunciación afirmativa, cuyo verdadero sentido queda a luz haciendo jugar, dentro de las tres variantes, el despropósito en común. Que cada lector haga la experiencia de releer las tres proposiciones comprendidas bajo la llave, sustituyendo, como acabamos de indicar, el sujeto lógico por la locución “esta causa participa ...”, “esta causa no participa ...” y “esta causa participa en la no ...”, y apreciará por sí mismo lo que queremos significar.

Y de aquí —de esta impostura de la causalidad en la órbita del Derecho—, emergen, en el orden penal, las conocidas dificultades, no superables, para ver al autor de un delito de omisión, *causando* con su omisión lo que acontece en los hechos. Y en el orden civil, de aquí también emergen aquellas otras dificultades no menos insuperables que ofrecen, a la teleología, los contratos de efectos unilaterales o actos como el testamento, donde hay que ir a parar sin remedio a los motivos *subjetivos* de la psicología personal de cada cual, porque estos motivos son realmente partes de las causas teleológicas del caso; y bien se sabe cómo el jurista se detiene confundido y humillado ante estas causas, por la imposibilidad racionalista del manejo dogmático de la intimidad subjetiva.

En resumen: La aclaración de la autoría como egología, suprime de la teoría penal las aporías de la causalidad y da, con la valoración jurídica, una solución directa a lo que allí se buscaba con la causalidad. Y esa misma aclaración de la autoría como egología, suministra a la teoría civil los valores bilaterales o jurídicos como hilo conductor

para resolver lo que vanamente se ha buscado en la estructura mutilada “medio-fin-valor del fin”, al supeditar libremente la relevancia o la irrelevancia de las intenciones, de los motivos y de los móviles, a una comprensión situacional de la conducta fundada en aquellos valores bilaterales en función de la mejor posibilidad infraestructural como entendimiento societario. Así, la inteligibilidad del fenómeno jurídico, que era el común sentido de los esfuerzos causalistas en las teorías penal y civil, se resuelve en ambos campos sobre la misma base, descartando la causalidad y recurriendo a la egología. Cuando el penalista agita el problema de la causa en los delitos porque su Código le dice, por ejemplo, que “será condenado el que causare un debilitamiento permanente en la salud de otro”, puede saber ahora que esto simplemente dice —y no puede querer decir otra cosa— que “será condenado el autor de un debilitamiento permanente en la salud de otro”. Esta conclusión, de cariz principalmente óntico en cuanto va de la egología a la autoría, vale para toda normación de perinorma, porque la perinorma mienta la libertad de la conducta sin el sentido de la libertad. Y la cuestión de ¿cuándo alguien es autor de algo?, es asunto a comprender, pero no a explicar causalmente.

De la misma manera, cuando el civilista agita el problema de la causa en un acto jurídico porque éste sería invalidado si tuviera una causa ilícita o careciera de ella, ya puede saber que esto significa el orden, ritualismo o desorden, la seguridad o inseguridad, el poder, opresión o impotencia, la paz o discordia, la cooperación, masificación o minoración, la solidaridad o extranjería, que, como justicia o injusticia, tenga la actuación del autor de dicho acto jurídico, con prescindencia del valor de los fines objetivos o subjetivos que persiga, aunque, ciertamente, estos fines sirven para establecer *hasta dónde llega* propiamente aquella actuación. Esta conclusión, de cariz principalmente ontológica en cuanto va de la autoría a la egología, vale para toda normación de endonorma, porque la endonorma mienta la libertad de la conducta con el sentido de la libertad. Y la cuestión acerca de ¿cuáles y cuántos fines, objetivos o subjetivos, del autor van a caer bajo consideración?, es también asunto a comprender, porque los fines, en

la medida en que operan como límites de la acción y siendo partes de la situación, constituyen perfiles externos o formas sensibles de la conducta que los logra; con lo que, desde este ángulo, sólo señalan hasta dónde llega la conducta que se considera, pero no califican el sentido jurídico de la conducta misma en que consiste el problema "causal" de su inteligibilidad jurídica.

20) *Desarrollo esquemático de la egología en el lugar atribuido a la causalidad*

Prosigamos, entonces. Puesto que no se trata de la cadena causal de hechos por su efectiva realidad físicamente producida, pues así todo el cosmos es una sola cadena causal, sino de *comprender* la conducta del hombre que interviene como agente o autor sólo en cuanto esa conducta es una interferencia intersubjetiva, podemos esquematizar de la siguiente manera los diferentes pasos involucrados en el todo de este proceso que motiva nuestra investigación.

1) El jurista *interpreta* un tramo de sucesos causalmente concatenados, para lo cual realiza el salto egológico o salto al plano de la personalidad. Busca en los hechos su relación con la persona, no su relación con otros hechos. La relación causal le hace encontrar únicamente un otro hecho (causa), pero no una persona. Y sólo la persona es el fundamento de la estructura de sentido de los hechos que el jurista considera. Así, es imposible encontrar un homicidio sin homicida o una venta sin vendedor; por eso homicidio y venta son estructuras en el sentido tan feliz y fuertemente acentuado por Landaburu. Aquella imposibilidad no radica en que todo efecto tiene su causa, pues el homicida o el vendedor, siendo inmanentes al homicidio o a la venta, no son causas de uno u otra, sino sus respectivos fundamentos objetivos, o sea, son la anudación de algo como estructura situada en el mundo, integrada por partes y en donde las partes (las facetas del homicidio o de la venta) adquieren la calificación o el sentido de ser lo que son, precisamente por el lugar que ocupan dentro del todo situacionalizado a que pertenecen, o, si se prefiere decir

lo mismo de otra manera, por el papel que ellas juegan en la conjunción del todo personal y de su situación convivencial que permite esclarecer cuál es el papel de ellas. La relación del todo a la parte no es una relación causal, porque la categoría de causalidad supone siempre una realidad o substancia sirviendo para explicar sus modificaciones al pasar de las unas a las otras; por eso ella se refiere a un dato tratando simplemente de explicar su existencia por la existencia de otro dato; pero la relación de causalidad no sirve para pasar de la nada a la realidad, y por la misma razón tampoco para pasar de una realidad definida como hechos a algo que, como la persona humana, no es hecho sino existencia; no es algo que queda atrás en el tiempo sino algo que siempre está presente en el presente. En cambio, la relación del todo a la parte, como relación de fundamentación que es, se dirige a una totalidad única donde las relaciones son tan importantes como los datos que aquí tienen el carácter de elementos; e interesa aquí no sólo el elemento en su aislamiento, sino también la relación que éste guarda con los otros elementos del todo. Precisamente se llama fundamento aquello último y común a que todos los elementos se remiten y que estructura la relación de interdependencia y jerarquía con que los diversos elementos se presentan organizados en tanto que objetos.

2) La interpretación de los hechos en función de la personalidad pone recién de lleno al jurista frente a la realidad jurídica, que es libertad fenomenalizada (conducta). Lejos de creer que el salto a la personalidad o salto egológico, nos saca del plano de la mera existencia de una acción humana jurídicamente considerada, es merced a ello que la mera existencia jurídica del acto se nos da en presencia.

3) La persona, en plano óntico, nos descubre sus modos esenciales de conducta, entre los cuales está el de la interferencia intersubjetiva de conducta que, como perfil peculiar, definirá el horizonte jurídico, es decir, el ámbito donde la conducta aparece siendo la experiencia jurídica.

4) La persona, en plano ontológico, nos descubre sus valores de conducta que dan un sentido a la conducta de la

persona. Para que este sentido sea sentido jurídico, estos valores tienen que corresponder a aquella estructura óptica intersubjetiva de la interferencia de acciones posibles. Por eso los valores jurídicos son los valores bilaterales: justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden.

5) Con esta articulación óptico-ontológica que nos da la persona, podemos comprender el sentido inmanente de los actos humanos que se dan en el mundo causalmente concatenados como parte de él, con lo cual los actos se hacen jurídicamente inteligibles en uno u otro de los tres modos que, por su calidad lógica, admite el juicio de existencia del Derecho.

6) La consideración de la serie causal de los hechos no es ilimitada en su ilimitado encadenamiento, sino que, por la misma necesidad del físico, el jurista la corta. Uno la corta, claro está —ésta es la gran diferencia—, separando un instante sucesivo y el otro separando una totalidad sucesiva porque la experiencia del uno se integra con instantes sucesivos y la del otro con totalidades sucesivas. Sólo que el físico la corta cuando ha encontrado la causa (un hecho) que le explica su problema, sin perjuicio de que otro físico problematice esta causa y busque la causa de la causa. En cambio, el jurista toma la serie causal de hechos hasta aquí o hasta allá, cortándola sin proseguirla, cuando la ha comprendido en su sentido. El jurista corta la serie causal cuando su comprensión está lograda; y se alarga en la consideración de ella mientras no obtenga una comprensión que lo satisfaga. La comprensión de que para él se trata es la de ver el acto que considera (delito, contrato, etc.) perfecta y claramente definido como orden, ritualismo o desorden, como seguridad o inseguridad, como justicia o injusticia, y así, de acuerdo a todos los valores jurídicos. Tomará, pues, más o menos hechos de la serie causalmente concatenada en que está el que él considera, según se lo requiera el logro de la comprensión del sentido de aquél.

7) Es obvio que el corte de la cadena causal que efectúa el jurista, permite señalar el hecho o circunstancia del caso —circunstancia arcóntica— donde este corte tiene lugar. Y esto es decisivo para una ciencia como la nuestra que moviliza verdades estimativas, esto es, enunciaciones cuya

fuerza de convicción depende, en su parte lógicamente positiva, del juicio de valor que integra la enunciación. Pues, en efecto, la circunstancia de hecho en que el jurista corta la cadena causal de sucesos, permite a los demás colocarse en el mismo punto de visión tomado por el jurista al pronunciarse. Y si colocados en este ángulo, los demás concuerdan con su comprensión del caso, la comprensión se verifica por eso mismo como objetiva y no como un capricho o una arbitrariedad de quien la enunció. Es decir, que queda articulada en nuestro asunto la exigencia científica de la objetividad de la valoración jurídica y suministrado el criterio de tal objetividad.

8) Esta circunstancia del caso jurídico que involucra el ángulo desde el cual el caso mismo es comprendido por el jurista, puede ser enunciada, y con ello conceptualizada, por el intérprete; con lo cual la comprensión del caso se hace comunicable y transmisible en el modo inherente al saber conceptual. Y aquí encontramos cómo se integra por dentro de la ley la conceptualización de la experiencia jurídica que dan las leyes en forma general, cuando nos referimos a esta experiencia en la individualidad de sus casos. En efecto, hemos visto que un caso no es jurídicamente inteligible sin la norma correspondiente (parte lógicamente negativa de su fuerza de convicción o criterio meramente negativo de la verdad jurídica), de modo que la circunstancia de hecho donde se fije el corte de la cadena causal no tendrá que ser nunca una circunstancia que quede por fuera de la figura normativa diseñada en la ley, sino que, al revés, aparecerá a lo más como una circunstancia no enunciada por la ley pero dentro de la universalidad lógica del género por ésta enunciado sin distinciones. No importa que la circunstancia sea tomada en su unicidad para expresar la comprensión libremente emocional de la equidad, o que la circunstancia sea tomada considerando su aparición general en casos sucesivos para fundar la comprensión conceptual de un criterio que siente jurisprudencia. Lo que importa es destacar que esta circunstancia del caso traduce la valoración jurídica y que por ello tanto sirve para fundar las determinaciones individuales que la ley ha dejado sin establecer (tal es el caso de las leyes que dejan un margen facultativo), como para fundar un dis-

tingo que es una valoración de la ley y en cuya virtud se afirma que la ley no se refiere a los casos calificados con tal circunstancia, aunque ellos quepan sin violencia conceptual dentro del género indiferenciado de la enunciación legal.^{55bis}

9) Con todo lo expuesto resulta que el llamado problema de la causa en el Derecho, para la teoría egológica se disuelve en el problema de la interpretación. A pesar de que civilistas y penalistas no lo han visto rigurosamente así (han creído en un tema de substantividad propia, lo

^{55bis} Si el lector necesitare un ejemplo para visualizar esta técnica gnoseológica, lo remito al manejo del art. 1113 de nuestro Código Civil que he utilizado como un paradigma en la fenomenología de la sentencia contenida como Introducción en mi *Teoría egológica del Derecho* y que se reproduce a nivel d'áctico en mi libro *El Derecho en el Derecho judicial*. Aquel artículo, legislando sobre la responsabilidad del patrón por el hecho ilícito de su empleado, ha debido integrarse desde antaño, en forma pretoriana, con una circunstancia arcóntica (el hecho de que el empleado torticero hubiese actuado "en el ejercicio de sus funciones") para poder ser motivo de una aplicación valiosa y de un saber valedero.

En el mismo sentido yo he propiciado superar las dificultades hermenéuticas que los comercialistas han encontrado en el art. 418 del Cód. de Comercio (ver *El Derecho en el Derecho judicial*, cap. V., 2º). Pero es justo recordar que los esfuerzos de mayor envergadura para efectivizar esta técnica hermenéutica de la teoría egológica —esfuerzos que en su total concreción llegan al enunciado de sendas circunstancias arcónticas de aparición muy frecuente—, se deben a FEDERICO D. QUINTEROS (*Tres Estudios de Derecho Civil*, Bs. As., 1963, Abeledo-Perrot); LINO ENRIQUE PALACIO, (su serie de estudios implantados como hermenéutica axiológica de varias resoluciones judiciales publicados en *Jurisprudencia Argentina* en los años 1956/60 y en *La Ley* 1957/59); y recientemente el Juez de Cámara del Tribunal de Alzada de Bahía Blanca, Dr. Miguel Angel Passi Lanza, *in re* "Pastega, Italo A. c/ Gallego Eugenio y Otra s/ Insania: Nulidad de poder y compraventa (publicado en *El Derecho* del 20/VI/1969), donde al art. 474 del Cód. Civil se le acopla una circunstancia arcóntica (el hecho de que la insania del sujeto sea algo público o que no lo sea), en forma similar a la que tradicionalmente opera en nuestra experiencia jurídica acoplada al art. 1113 ya recordado: La protección conferida por el art. 474 juzgaría si la insania no fuese un hecho público y notorio; que si lo fuese, aquel artículo no tiene aplicación valiosa, por lo cual debe ser tenido por inaplicable en tal hipótesis.

Y actualmente, en 1969, tres brillantes juristas de la nueva generación los doctores Choclín, Passi Lanza y Rivas Godio, trabajando en colaboración (sic), han dado ya a publicidad en LA LEY una muy valiosa serie de ensayos recurriendo a la misma técnica.

han expuesto desligado del de la interpretación e incluso han creído que el problema en lo civil y penal eran dos problemas diferentes y heterogéneos), la teoría egológica puede presentarlo, sin dificultad, como un caso particular del problema general de la interpretación. Este resultado no podía ser otro para quien esté al tanto de por qué la teoría egológica afirma que no se interpreta la ley, sino que lo que se interpreta es siempre la conducta mediante la ley. Es que, en lo que ahora nos atañe, si se trata de conocer un acto humano como tal, es decir, si se trata de conocer conducta y si la conducta es siempre, por ineludible necesidad, conducta de un hombre, se comprende sin dificultad que la circunstancia de hecho donde el penalista fija el corte de la cadena causal de sucesos o donde el civilista pone la "causa" de un acto jurídico, no corresponde a un objeto independiente por conocer en su ligamen causal con otros hechos, sino que se lo toma en cuanto que es solamente el perfil fenoménico o límite externo, es decir, la forma sensible de la configuración de algo; y este algo es la conducta del sujeto actuante en cuestión.

Así, como formas sensibles o perfil fenoménico de la conducta —y no como causas o efectos de otros hechos— toma el jurista el conjunto de circunstancias de hecho con que un caso se le presenta en la experiencia, siendo problema de naturaleza estimativa, por la comprensión que ha de expresar, el de escoger ésta o aquella circunstancia dentro del conjunto de circunstancias, para dar a todas una presentación sistemática con referencia a la escogida como meridiano de la realidad y siendo obvio que a la pluralidad de circunstancias del caso no podría vérselas como pertenciendo a un mismo conjunto sin el salto egológico que nos lleva al plano de la personalidad. La personalidad fundamenta *la unidad* del caso que se presenta a través de una gran cantidad de fenómenos o circunstancias de hecho; pero la (o las) circunstancia del caso que llamamos circunstancia arcónica y que, como meridiano de la realidad, se elige para dar la clave de la comprensión del caso en su conjunto de circunstancias, es lo que conduce al penalista a cortar la cadena causal de la Naturaleza o al civilista a afirmar o negar sobre la causa de un acto jurídico, cuando mediante esa circunstancia han logrado uno y otro una de-

terminada comprensión de la conducta bajo examen. Recurrimos, pues, a una circunstancia del caso como acceso a la autoría o bien para afirmar o negar una valoración jurídica, cuando con ella comprendemos al acto.

No es necesario discutir la realidad empírica de la conducta humana, por ser algo de total y directa evidencia. En este sentido ha de reconocerse que hay una intuición de la conducta. Sólo que permitiendo la conducta, en tanto que plenaria vida humana, el enfoque óntico y el enfoque ontológico,⁵⁶ la intuición de la conducta en plano ontoló-

⁵⁶ La distinción heideggeriana entre óntico y ontológico no es fácil de hacer a primera vista, ni menos medir sus incalculables proyecciones, por mucho que esté resultando ineludible para las ciencias de lo humano como el Derecho. Como una primera noción, suficiente para los propósitos de esta monografía, digamos que ónticamente vemos al ente desde afuera, con pasividad (idealmente total), en forma contemplativa, tocados por su presencia y por nada más, en tanto que ontológicamente el ente es visto desde adentro de él mismo, merced al despliegue de una actividad que lo proyecta como logos sobre la evidencia irrebalsable de que todo cuanto existe, existe consistiendo en algo.

“Óntico”, adjetivo de ente, toma su significado de la existencia en sí de las cosas; esta existencia es un dato independiente de lo que el hombre puede saber acerca de ella; nuestro pensamiento ni la hace ni la deshace. “Ontológico”, adjetivo de ser, corresponde a la interpretación que el hombre da cuando se pone en la tarea de descubrir la esencia de las cosas. En tal sentido, claro está, no aparece el ser de las cosas sino frente a un espíritu que las contempla también como ser, siendo ese espíritu quien lo declara. Obviamente el problema del ser corresponde así a una función del ser del espíritu que lo declara; y con tal alcance ni la pregunta ni la respuesta son algo independiente del hombre. Veremos luego, cómo hay en esto siempre una asunción respecto de los otros seres humanos, respecto de los restantes objetos culturales y respecto, incluso, de los objetos naturales que se integran como mundo objetivo. Esta asunción —allá, de un ser axiológico; y aquí, de un ser adáforo—, proviene del hecho esencial de que el ser humano vive con una comprensión del ser, al tener ser él mismo, teniéndolo de una forma absolutamente peculiar y ostensiblemente privilegiada. Todo el planteamiento existencial se radica en esta comprensión del ser como “verdad”. Veámoslo:

Consideremos lo que la ciencia natural afirma cuando nos dice qué es el hidrógeno, qué es el agua, qué la jirafa o un acto de voluntad. El agua pura, por ejemplo, resulta ser un compuesto molecular de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. Esta afirmación, en lo que afirma, es óntica; se trata de una verdad óntica. Pero tan pronto esta afirmación es sostenida como “verdad”, ya exhibe su perfil ontológico pues esto de ser ella “verdad” la radica —como pretensión—

gico es la intuición axiológica de naturaleza emocional que Max Scheler exitosamente ha contribuido a destacar en nuestros días; en tanto que la intuición de la conducta en plano óntico es una intuición sensible referente a la ex-

en una especial zona o pantalla de proyección que confiere al enunciado, en cuanto imagen proyectada, ciertas dimensiones profundas de peculiar consistencia y de peculiar significación. Son las dimensiones ideales e intemporales del ser como consistir (esencia); esas dimensiones por cuya virtud algo es lo que es, es decir, aquello en que algo consiste: lo que al agua la hace ser agua; lo que a una jirafa la hace ser jirafa; lo que a una norma la hace ser norma, etc. Se ve en esto cómo la dimensión ontológica penetra por el interior del ente, con la idea de tomarlo desde adentro al tomarlo en lo que en él fuere su mis- midad o hubiere como "su sí mismo".

Se aprecia fácilmente que la toma ontológica deja atrás a la existencia que se hizo sentir ónticamente. Encontramos al ser por contemplación intelectual, no por presencia óntica; si bien aquella contemplación se legitima sobre la base de esta presencia. Cada ente dice de su existencia con solo dejarse ver, pues con solo mostrarse, a ella la muestra; pero ningún ente —salvo el hombre— dice por sí mismo en qué consiste él. Esta es una tarea que el hombre cumple para todos los entes; las cosas existen de por sí, pero ellas mismas no nos dicen lo que ellas son. Esto lo dice el hombre en su distintivo papel ontológico. Heidegger ve en esto (*El ser y el tiempo*, § 4) una característica fundamental del ser humano por cuya virtud él viene a ser la condición de la posibilidad de todas las ontologías. Y esto le da una preeminencia óntico-ontológica para estribar la metafísica en el ser que al hombre le es inherente.

Pero esta dimensión ontológica que estamos destacando con relación a la verdad física es mucho más visible e incuestionable con relación a la verdad cultural —la verdad de lo que hace el hombre actuando según valoraciones—, porque el ser humano tiene otras dos preeminencias definitivas como ente metafísico: una preeminencia óntica y una preeminencia ontológica. El privilegio óntico radica en que el hombre es lo que hace, o sea, que está determinado en su ser por la existencia; de ahí que al hombre en su ser *le va* su peculiar ser; siempre su peculiar ser está, así, jugándosele en el todo por el todo; de ahí resulta que sólo a la existencia de uno mismo se la experimenta por vivírsela, en contraste con la existencia del universo restante a la que la experimentamos por encontrarla fuera de nosotros; y esto define, con aquella única excepción personal, que la percepción óntica sea un ver al ente desde afuera, pues por más que nuestra mirada penetre en el ente hasta alcanzar sus entrañas, nuestro punto de vista es externo y trascendente al ser de ese ente.

Paralelamente el privilegio ontológico radica en que para el hombre, su ser es algo abierto precisamente por la estructura y el juego de su propio ser; por lo cual lo ontológico emerge del ser del ente que sabe de su propio ser, conjugándose en esto el hecho de tener ser, de saberlo

presividad del cuerpo humano. Por lo tanto no vaya a creerse que es la misma intuición sensible con que captamos el mundo físico, por más que aquélla nos llegue por el conducto de los mismos órganos sensoriales que esta otra. No hay duda que *vemos* la conducta ajena cuando vemos lo que un prójimo hace; y esto va dicho sin metáfora. Sin embargo, la conducta no tiene colores ni formas geométricas, que es lo que vemos en las cosas; no hay con-

y de integrarse aquel ser con este saber. La comprensión del ser es, así, ella misma, una característica esencial del hombre; “lo ópticamente señalado del hombre —dice Heidegger en el lugar citado— reside en que él es ontológico”. De ahí que el hombre siempre se comprenda en su ser de un modo más o menos expreso.

Ahora bien, con referencia a cualquier objeto cultural —respecto de un objeto egológico es algo inmediatamente visible—, se nos impone sin mucho esfuerzo que la percepción del substrato mediante una intuición sensible y la percepción de su sentido mediante una intuición emocional es ver la misma cosa de dos maneras, es verla desde afuera y desde adentro: las formas sensibles que perciben mis ojos como materialidad en *La Pietà* del Buonarroti así se superponen, corresponden e identifican con la espiritualidad que mi intuición emocional percibe como sentido en el mármol que tiene precisamente esas y no otras formas sensibles. Esta visión desde afuera y desde adentro de ellos mismos con que percibimos a los objetos culturales no puede sorprendernos en la medida en que un objeto cultural se constituye sobre lo que el hombre hace actuando según valoraciones y a raíz de ello. En efecto; esta doble percepción es forzosa: en la creación, se va viendo a la par, *en lo que hacemos como praxis*, lo que hay y lo que ponemos (v. g., como escultores veremos el mármol que manipulamos y el sentido con que lo animamos); e igualmente en la interpretación, que no es praxis, se va viendo a la par lo que hay y lo que ponemos (v. g., el mármol ya manipulado y el sentido que *asumimos* para comprenderlo). Esta asunción donde no hay praxis muestra que el hombre siempre asume como verdad la comprensión del correspondiente ser, a la vez que aclara cómo vive con esa comprensión de la verdad, a saber, asumiendo un sentido. En la creación, habiendo praxis, la verdad no es motivo de asunción por estar directamente presente en la inmanencia como intimidad que se extravierte; esto ya lo advirtió Kant para la creación artística que, por su parte, también es descubrimiento; y hoy sabemos que lo mismo ocurre en el descubrimiento de verdades científicas o filosóficas, pues ellas deben ser expresadas para ser descubiertas y esto exige la creación de una teoría como invención.

Esta asunción ínsita en toda interpretación, que estamos destacando, equipara en ese punto los objetos mundanales y los egológicos, si bien ella resulta renunciante en los objetos mundanales e irrenunciante en los objetos egológicos en cuanto que en éstos, hablando el hombre de sí mismo, el ser declarante y el ser declarado son el mismo ser. Se

ducta esférica ni cúbica, ni roja o azul. Pero esto no quita evidencia al que vemos la conducta, porque precisamente la vemos como conducta y no como cosa. Sin entrar acá al hecho de que la intuición de la conducta siempre presenta compenetradas su intuición óptica y su intuición on-

destaca con esto que si bien todos los predicados culturales provienen de la personalidad —siendo, en tal sentido, todos ellos, predicados de la personalidad—, solamente los predicados egológicos la califican a ella misma en el sentido de ser ahora predicados de ella pero para ella. Esto hace que la conducta no pueda perder todo sentido porque la vida humana, antes de llegar a la muerte, carece de la posibilidad de dejar de ser conducta; de ahí el valor del suicidio como sacrificio. En cambio, el objeto mundanal puede perder todo sentido porque pasaría, por su subsistente substrato, a ser naturaleza ya que su substrato por aparte es, sin más y *ab initio*, naturaleza.

El lenguaje cultural tiene que ser forzosamente axiológico por el doble motivo de que se ejercita una intuición emocional y de que los predicados de la personalidad —creados o asumidos, es lo mismo—, en lo que fueren una dimensión de intimidad para el ente, tienen aquel carácter. Pero este aspecto no es el que ahora queremos detallar. Aquí nos interesa destacar cómo la ontología está fundada en esa percepción de las cosas desde adentro de ellas mismas, sea que la percepción ontológica resulte adiáfora como ocurre en el caso de los entes cuya existencia no se sostiene en la existencia humana, sea que resulte axiológica como acontece cuando el ser del hombre está directamente en juego a ese respecto.

En tal sentido, las tres preeminencias filosóficas que, como ente, posee el ser humano, justifican de sobra que la exploración ontológica que a mí mismo se refiera, resulte ser, para mí, una ontología fundamental pues mi experiencia es, para mí, una experiencia directa e irremplazable. Sobre esta base se ve que la investigación ontológica puede extenderse hasta el comportamiento ajeno como objetos egológicos, no sólo por virtud de la identidad eidética que se descubriera como estructura de comportamiento entre la conducta ajena y la mía, sino también como sentido de comportamiento por juzgar yo, como conocimiento de la intimidad de los otros, que asumo la misma ecuación axiológica que ellos. Esta asunción es el tendón de Aquiles dentro de la ontología fundamental, porque si bien da un título en cuanto que lo asumido ya es mío como experiencia directa, no es menos cierto que también necesita un título para su pretensión de ser la percepción de una intimidad ajena. Esta es, acaso, la derivación más importante que se conectaría con las investigaciones psicológicas de Charlotte Bühler y L. R. Gregory, referidas en las notas 53 y 58 de este ensayo.

De todo lo que llevamos expuesto resulta claro que la ontología de la cultura en general — y no solamente su región egológica— ha de ser una ontología axiológica por causa de los predicados de la intimidad que debe manejar; pero va en ello una asunción además de la generalización emergente de la abstracción ideatoria. Y de nuevo encon-

tológica⁵⁷ —y otra cosa no podría ser puesto que se trata del mismo único objeto que permite el doble enfoque en virtud de que su característica óptica es la de ser ontológico, como descubre Heidegger—, esta referencia por aparte que hemos hecho a la intuición óptica o sensible de la conducta viene a cuento, por cuanto nos ayuda superlativamente a entender que las circunstancias de hecho con que un caso se exterioriza en la experiencia son las formas sensibles o perfiles externos de la conducta en cuestión: estos perfiles externos son la configuración de algo, a saber: de una conducta. Y acá, como en general para la intuición sensorial, intuimos lo configurado captando sus formas sensibles, aunque estas formas no sean geométricas, cromáticas, térmicas ni cinemáticas.⁵⁸

tramos una asunción paralela, aunque sin dimensiones axiológicas, al declarar la esencia de los entes naturales. Aquí es patente que asumimos ahora la racionalidad del ente; por eso admitimos con alcance apriorístico que todo cuanto existe, existe consistiendo en algo. Esta afirmación no depende de la experiencia puesto que la excede siempre y puesto que, a la par, no alcanza a desmentirla nuestra ignorancia acerca de lo que podría ser el consistir de algo. Solamente el escepticismo radical pudo haberla negado debidamente; pero después de la refutación fenomenológica del escepticismo cumplida por Husserl —el escepticismo no es una contradicción de términos sino una contradicción de sentido—, ya no hay manera de negarla ni desmentirla. Aquella afirmación no es una evidencia incuestionable, ni puede serlo en cuanto que se refiere también a lo que por principio no está dado (la existencia en total), pero es una asunción irrefragable.

⁵⁷ Habría que agregar acá, como consecuencia que por sí sola se impone aunque éste no sea nuestro tema, que se capta la originaria intuición del Derecho no bien se advierte *la interna unidad* de las intuiciones óptica y ontológica a que nos referimos en el texto; es decir, no bien se advierta que no son dos cosas autónoma o independientes, sino que es la misma cosa diversificada por los dos ángulos de visión, al ver lo que ella misma exhibe por afuera y por adentro del comportamiento.

⁵⁸ Para todo lo concerniente a la intuición de la conducta como realidad, lo fundamental está en la bibliografía de Heidegger y Bergson, aunque ya hay una alusión a la espacialidad y temporalidad de la conciencia en el parágrafo 53 de las *Ideas* de Husserl. Pero en particular, para lo que concierne al tipo de *espacialidad* que corresponde a la conducta, puede verse EDUARDO NICOL, *Psicología de las Situaciones vitales*, págs. 47, 55 y sgts. y 127 (México, 1941, ed. de El Colegio de México), lo que es muy importante para el problema de su intuición sensible. Igualmente lo que dice JULIÁN MARIAS en su *Introducción a la*

En conexión con esto diremos todavía que las enunciaciones dogmáticas que da una ley y que constituyen su contenido contingente, son también, como es patente, mención conceptual de circunstancias de casos. Las circunstancias de un caso son la totalidad de circunstancias de hecho con que un caso se presenta en la realidad; y aunque solamente algunas de éstas, por su valor genérico y tipificador, están enunciadas en la ley y por ella recíprocamente imputadas en cierta estructura, y otras circunstancias no aparecen mencionadas en el concepto legal, esto no quita a las primeras su naturaleza de ser también circunstancias del caso en el conjunto total de circunstancias con que el caso aparece en la experiencia. Esto explica que la valoración jurídica, buscando de dar la comprensión del caso, tenga que valorar la imputación legal en el mismo acto en que se escoge como meridiano de la realidad una determinada circunstancia —circunstancia arcóntica— para jerarquizar a su alrededor las restantes circunstancias. Pues, cuando la circunstancia elegida como directora de la comprensión del caso, es una de las que están mencionadas en la ley, hablaremos de la aplicación lisa y llana de la ley y de la resolución del caso como y porque lo dice la ley. Pero cuando la circunstancia elegida como directora de la comprensión del caso, es una de las que no están mencionadas en la ley, se llega al *distingo axiológico* que establece dos especies dentro del género legal, para dar fundamento a la afirmación de que la ley no se refiere a la especie que contiene esta circunstancia, o, al revés, de que únicamente se refiere a dicha especie, según cual sea la dirección de la construcción dogmática.⁵⁹ Y en esto la ley así desplazada o restringida, en cuanto estructura conceptual dada de antemano al intérprete, no crea otro problema que el negativo como criterio de verdad jurídica, a saber: no consti-

Filosofía, págs. 357 a 361 (ed. cit.). Y por último las decisivas experiencias de Charlotte Bühler y L. R. Gregory, antes recordadas, sobre la percepción del prójimo por los infantes, donde habría una percepción empírica de la libertad.

⁵⁹ Por el mismo camino, claro está, se llega a la llamada “interpretación extensiva”, donde con la circunstancia arcóntica se constituye ahora un género más amplio, dentro del cual el género del precepto legal queda como una especie.

tuir la comprensión del caso como vivencia de una contradicción,⁶⁰ cosa en la que está dada toda la fuerza de la ley y su insustituible papel de certidumbre en la seguridad del Derecho.

Desde que la ley, en cuanto que mención conceptual del caso, está integrando el caso mismo de esta manera (por lo demás, manera típica y exclusiva de toda conducta legislada por un órgano), se comprende cómo y por qué el conocimiento por comprensión que tematiza la Ciencia Dogmática, no es una comprensión libremente emocional sino una comprensión conceptualmente emocional; es decir, comprensión donde la intuición axiológica del Derecho corre emparejada por el cauce conceptual de una no contradicción esencial, que va dando estructuralmente por anticipado ciertas referencias de contenido a la comprensión de lo que se comprende y, con ello, a la comprensión jurídica misma.

21) *Perinorma y norma primaria*

Ha llegado ya el momento de aclarar la segunda diferencia entre la concepción racionalista de la consecutividad de los deberes, que ofrece Kaufmann, y la que, sobre bien diferentes bases, propone la teoría egológica; segunda diferencia que dejamos pendiente páginas más arriba.

Para entender esta segunda cuestión es necesario recordar que Kelsen esquematiza la norma jurídica como un juicio hipotético, a partir del entuerto, según este simbolismo:

Dado *E* (entuerto), debe ser *S* (sanción);
en tanto que la teoría egológica la esquematiza como un juicio disyuntivo considerando toda la totalidad sucesiva que pueda integrarse con aquel entuerto, de acuerdo a un simbolismo bipartito (endonorma antes de la disyunción y

⁶⁰ El complicado fenómeno del intérprete judicial que yo denomino la vivencia de la contradicción, está estudiado en mi libro *El Derecho en el Derecho judicial*, págs. 148 a 171, (3ª edición, Buenos Aires, 1967, Abeledo-Perrot), amén de lo que se expone en mi *Teoría egológica del Derecho*, págs. 171 a 175 y 536 a 549, (2ª ed., Buenos Aires, 1966, Abeledo-Perrot).

perinorma después de ella), que se expresaría así en sus rasgos mínimos:⁶¹

Dado *H* (momento inicial de una totalidad sucesiva), debe ser *P* (prestación) o dado *no-P* (entuerto), debe ser *S* (sanción).

Y bien; hasta ahora hemos hecho ver principalmente que la estructura lógica con que se presente el enlace de dos normas consecutivas, cualquiera fuere, sólo elucida el *cuándo* y *cómo* se suceden los deberes, pero no, como cree Kaufmann, la razón de ser inmanente del tránsito mismo, es decir *cuáles* son esos deberes y *por qué* éste y no aquél deber subsigue a un otro. En esto hemos tachado el racionalismo por hipóstasis, pues no se comprende cómo la mera estructuración funcional (el *cómo* y el *cuándo*) que pone la norma —el *cómo* y el *cuándo* son relaciones de estructura para el caso de experiencia por ser la norma misma la estructura imputativa del propio caso—, no se comprende, decimos, cómo la estructuración podría tener una virtud operante para dar existencia a los términos comprendidos en la función (el *cuáles* y el *porqué*), siendo que a la existencia directamente se la encuentra: se la encuentra ónticamente en el *cuáles* como una sustantividad de presencia y se la encuentra ontológicamente en el *porqué* como una sustantividad de sentido.

Se comprende, en efecto, la sustantividad funcional de una norma; es decir, se comprende que ella como proyecto descubra posibilidades contenidas en la situación y que, en tal sentido, siempre como proyecto, provea el modo de hacer efectivo esos descubrimientos siguiendo este o aquel camino, mediante el *cómo* y el *cuándo* de la consecutividad de los deberes jurídicos. Pero no se comprende que esa sustantividad funcional de la norma como programa pueda crear la existencia de las personas ni la existencia de sus actos intersubjetivos, cosas que aquella funcionalidad normativa presupone para asentarse sobre algo y poder entrar en funciones, esto es para funcionar ella misma.

⁶¹ Para ver el simbolismo egológico de la norma jurídica en todos sus detalles, remito al lector a mi libro *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, págs. 333 y 660 a 674, 2ª edición, (Buenos Aires, 1964, ed. Abeledo-Perrot).

Ahora bien; es esta previa sustantividad de existencia y de sentido —la conducta impedida o no impedida como hecho que en ambos casos puede presentarse como prohibida o permitida por su sentido— lo que está en juego cuando se pregunta por *cuáles* deberes o por el *porqué* de ellos; lo primero como mera presencia de una existencia y lo segundo como promoción de esa existencia. Pero esta promoción a la existencia no es la de las causas mecánicas, sino la de la autoría como dadora de un sentido espiritual. Se trata, por lo tanto, de una promoción de algo significativo: el jurista, con su *por qué* relativo al hecho que le concierne, sólo busca que el sentido de este hecho se le haga patente precisamente como sentido, es decir que no queden dudas sobre la inteligibilidad del acto comprendiéndoselo a la luz de esa inteligencia cuya aptitud de esclarecimiento espiritual y cuya fuerza de convicción axiológica son la misma cosa para él como jurista. En tal hipótesis, se trata, obviamente, de una comprensión de aquella existencia cuya mera presencia ya está invocada cuando la pregunta concierne únicamente a *cuáles* deberes están en juego en la consecutividad inherente a una misma totalidad sucesiva.

En la medida en que una conducta sin valor ontológicamente no puede ser, esta promoción de algo significativo como comprensión de una existencia por su autoría y su eología, es algo forzoso. Y por eso puede verificarse correlativamente que las respuestas a las preguntas de que hablamos —las preguntas conciernen a *cuáles* deberes y al *por qué* de ellos—, como datos existenciales, contienen, esas respuestas, referencias fundamentalmente *situacionales* pero no referencias normativas ni propiamente causativas o engendradoras. Para el jurista se trata siempre de alcanzar una comprensión de su hecho medida por alguna mejor posibilidad de entendimiento societario, lo cual no podría lograrse si el conocimiento del problema en tanto que comprensión no fuere inmanente, como proyecto, al propio problema. En este punto, la feliz enunciación existencial de Ortega y Gasset de que “yo, soy yo y mi circunstancia”, explica bien por qué aquellas referencias son situacionales y no normativas ni causativas, a la vez que explica igualmente el alcance de la búsqueda del jurista, que es la de hacer patente un sentido precisamente como sentido. El *porqué* que busca

el jurista es un *porqué* apto para lograr un esclarecimiento espiritual y, por ello, apto para infundir una intrínseca fuerza de convicción que pueda incluso afrontar axiológicamente la fuerza de los hechos producidos si la posibilidad omitida, por estar dada en la situación, hubiese podido ser elegida.

Atento la naturaleza vivencial de su existencia, la norma jurídica se refunde con el sentido axiológico de la conducta, integrando a este sentido en forma conceptual o usualmente emocional según se trate de un régimen de Derecho legislado o consuetudinario. Bajo tal supuesto y en la medida de dicha integración, la norma coopera también, claro está, de algún modo, en la promoción de los deberes respecto a *cuáles* son ellos y al *por qué* de los mismos. Pero esta participación de la norma a estos respectos es mínima y sólo tangencial en comparación con lo que proviene de la axiología situacional como comprensión y justificación intrínsecas, soportándose directamente en la autoría como egología. En este sentido el análisis nos da dos pruebas concluyentes:

Por un lado, si el juego causativo de la norma fuese el factor dominante en el ámbito de *cuáles* deberes y en el de sus *porqués*, entonces sería imposible presenciar, sin una previa abrogación, el fenómeno del desuso de una norma, que es un fenómeno existencial.

Por otro lado, sin llegar al desuso, hay una manifiesta diferencia técnica en el manejo normativo según que la norma esté referida a casos o situaciones normales o a casos o situaciones anormales. Referida a casos o situaciones anormales, todo el esfuerzo técnico de los juristas se dirige a justificar la no aplicación de la norma correlativa por el desentendimiento societario que su aplicación comportaría; ello se hace, a veces, invocando directamente razones extranormativas y, otras veces, mediante la construcción de un rodeo normativo destinado a disfrazar, consciente o inconscientemente, la argumentación extranormativa que entra así en juego con el ropaje académico de la norma descubierta mediante aquel rodeo. En cambio, una norma cualquiera, referida a casos o situaciones normales, parece autosuficiente para conducir al juez a una solución. En esta hipótesis salta a la

vista que la norma como concepto mentante (*cogitatum*) se corresponde con una buena posibilidad situacional como entendimiento societario; por lo cual la norma tiene el uso instrumental de todo concepto verdadero al ser ella la expresión verbal de aquella posibilidad valiosa. En este punto ha de recordarse que, para la egología, la verdad jurídica se radica en la justicia situacional; y que nuestra hipótesis de la normalidad social se integra con normas actualizadas, porque ya es de por sí un estado anormal de la sociedad la sobrevivencia de normas que no se correspondieren con algunas de las mejores posibilidades de entendimiento societario contenidas en la infraestructura situacional. De cualquier manera, todo esto hace ver como resumen que el uso instrumental, en cuanto norma verdadera, que una norma puede tener en los casos o en las situaciones normales, no altera ni afecta el escaso papel que a ella le incumbe con relación a los deberes jurídicos cuando se pregunta por *cuáles* son ellos o por el *porqué* de los mismos. Sean las situaciones o los casos, normales o anormales, el papel de la norma relativo a aquellas preguntas es similar. En cambio, según ya hemos visto, el papel de la norma es decisivo cuando se pregunta por el *cómo* y el *cuándo* de los deberes.

Retomemos ahora nuestro tema, cuya segunda cuestión sigue pendiente.

Kaufmann hace su construcción con la herramienta kelseniana de norma secundaria y norma primaria: La norma secundaria contiene la representación del deber del súbdito y la norma primaria contiene la representación del deber del juez, a saber, la sanción. "Dado el entuerto, debe ser la sanción", dice la norma primaria, y es éste el deber que sustituye y subsigue al deber del súbdito en caso de incumplimiento, en la presentación del problema que nos ofrece Kaufmann. Sin tener necesidad de recordar la función de simple verbalismo auxiliar carente de sustantividad jurídica con que Kelsen debilita a la norma secundaria, Kaufmann entiende estar frente a dos normas diversas de parejo rango y, con ellas, refiriéndose ya a dos diferentes conductas: la del súbdito, que está frustrada, y la del juez. De modo que cuando en este punto interfiere la objeción egológica, Kaufmann ya ha saltado a otra norma y, con ella,

a la conducta de una nueva persona en el problema de la consecutividad de los deberes.

Sin embargo, el reajuste disyuntivo de la estructura de la norma que efectúa la teoría egológica, no nos permite pasar, todavía, a esta altura del análisis, ni a otra norma ni a otra conducta. Hemos pasado simplemente de la endonorma a la perinorma. Pues aquí ha de subrayarse que no es verbal la diferencia entre norma primaria, en el sentido de Kelsen, y perinorma, sino diferencia muy principal de bien tajante naturaleza. En efecto, la expresión "dado el entuerto, debe ser la sanción", puede tener por contenido referencial la conducta del transgresor o la conducta del juez. Con ella podemos referirnos a la vida del transgresor integrada con el acto de fuerza (v. g. a la vida del delincuente en la cárcel o al estado patrimonial en que queda viviendo quien ha sufrido la ejecución forzosa), o, por otra parte, podemos referirnos al deber del juez cumplido en su sentencia condenatoria. Con la misma extensión lógica "dado el entuerto, debe ser la sanción", podemos hacer dos conceptos normativos según que sea la conducta del transgresor o la del juez el objeto de nuestra representación. Igual extensión lógica, sí, pero diferente comprensión.

Ahora bien; la perinorma consiste en el concepto que tiene por objeto de representación la conducta del transgresor; en tanto que la norma primaria kelseniana utilizada por Kaufmann y Schreier consiste en el concepto que tiene por objeto de representación, la conducta del juez. Esto último, para la teoría egológica, es ya la endonorma de una segunda norma, cuya extensión lógica coincide con la de la precedente perinorma pero que no puede ser confundida con ella por lo que acabamos de decir. La perinorma no es, pues, la norma primaria de la teoría pura del Derecho y quien viere en esto una mera diferencia verbal no podrá comprender en verdad el análisis egológico de este asunto.⁶²

⁶² Este error lo sigue cometiendo todavía el profesor Juan Carlos Smith, de la Universidad de La Plata, quien ha asumido con belicoso personalismo, en todas sus publicaciones iusfilosóficas, la tarea de "superar" la tesis egológica sin informarse debidamente sobre lo que ella plantea y dice. Así expresa en su reciente ensayo *Ser y deber ser*, (en Revista de Derecho Español y Americano, XII, pág. 132,

De esto resulta que el tránsito lógico gobernado por el principio del tercero excluido, introducido por la teoría egológica, nos ha llevado de la endonorma a la perinorma y nada más; nos ha llevado desde la prestación, con la endonorma, hasta la sanción, con la perinorma; pero no todavía a la representación de ningún nuevo deber ni a una nueva norma, pues nosotros sólo tenemos a la vista todavía la conducta del súbdito. Endonorma y perinorma son la representación conceptual de la conducta *de una misma persona*, en tanto que ambas son miembros de un único concepto imputativo (norma).

Esto significa que todavía nos falta explicar el tránsito al deber de sentenciar del juez, que es acá el nuevo deber al que se refería Kaufmann en inmediata consecutividad con el deber incumplido del súbdito.

22) *El tránsito real de deberes como dato empírico de sentido, común al Derecho, a la Sociedad y a la Historia*

La estructura lógica de este tránsito normativo de deberes, que nos lleva desde el deber del sujeto obligado al deber del juez, ya está perfectamente conocida por nosotros. Ella consiste, en lo que concierne al pasaje desde la endonorma a la perinorma, en la relacionalidad disyuntiva inherente a la norma jurídica gobernada por el principio lógico del tercero excluido; y en lo que concierne al pasaje desde la perinorma a la nueva endonorma de la norma subsiguiente en la idéntica extensión lógica de esta nueva endonorma y aquella perinorma, requisito necesario para que la relación de lo opuesto contradictorio, que existe entre

Madrid, enero-marzo de 1968): "...las *normas primarias kelsenianas* (perinormas, según Cossio)..."

Lo que se dice en nuestro texto lo fue en 1947, desde la primera edición del presente ensayo. Pero nuestro acerbo crítico podría haber leído lo mismo todavía antes, en las páginas 322 a 325 de la primera edición de *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad* (1944) o en el cap. 14, § 4º de mi opúsculo *Norma, Derecho y Filosofía* (1946) que tanta difusión ha tenido en el habla española.

A otro error del profesor Smith, de similar factura aunque mucho más grave e imperdonable, me refiero más adelante en la nota 65.

prestación y transgresión, pueda extenderse hasta la nueva endonorma.

Ya hemos explicado por qué esta estructura normativa es apodíctica y qué es lo que habría que considerar, en cambio, para referirse a la estructura lógica de los deberes de consecutividad contingente. Pero tenemos que recordar que aquella estructura apodíctica, como en general cualquier estructura lógica, sólo nos aclara *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes, pero no *cuáles* son éstos ni *por qué* éste y no aquel deber subsigue a un otro deber, respecto de lo cual, aun tratándose de la consecutividad apodíctica del juez, la estructura lógica aporta apenas un fragmento de la respuesta en la medida en que la norma misma integra la conducta por ella representada.

Como nosotros buscamos una relación *real* de tránsito entre los deberes y no una simple relación estructural entre normas, es claro que tendremos que ir a la experiencia, que es conducta en interferencia intersubjetiva, para encontrar la respuesta fundada en un criterio empírico de verdad, como corresponde a una ciencia de realidades.⁶³ Y respecto del punto preciso del deber consecutivo del juez, que ahora nos preocupa, esto significa que es en la propia conducta del súbdito mentada por la perinorma, es decir, en el entuerto y en la sanción, donde habremos de buscar integrativamente el fundamento realísimo del deber del juez, ya que entuerto y sanción, en su común extensión lógica para el transgresor y el juez, habrían de exteriorizar también el deber del juez.

Podemos decir esto mismo de otra manera: Buscamos una realidad significativa que pueda implicar, al mismo tiempo, por su sentido unitario en la interferencia de una conducta sobre la otra, transgresión para el súbdito y deber para el juez. Si no cabe sanción, no hubo entuerto; pero, al propio tiempo, si no hubiere sentencia, tampoco habría cumplimiento del deber judicial; en donde se ve que, a pesar de su coimplicación, la sanción y la sentencia no

⁶³ Trato ampliamente la naturaleza de esta relación fenoménica y los problemas científicos que origina, en mi ensayo *Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica*, que se publica en el Cuaderno N° 8 de esta Colección.

son la misma cosa, porque la sentencia puede ser absoluta. La situación inversa, es de por sí evidente: si hay sanción, hay sentencia.

En consecuencia, el tránsito real desde un deber incumplido (el del súbdito) al deber del juez (la sentencia condenatoria), tiene que ser buscado como el tránsito entre dos sentidos de conducta que se coimplican e integran recíprocamente en la unidad de su interferencia, formando una significación única. No puede hablarse en esto de la relación causal —radicalmente inservible para aprehender la realidad del Derecho en cuanto que realidad de sentidos significativos— como si uno de aquellos sentidos (la transgresión) fuese la causa y el otro (la sanción) subsiguiera como efecto, porque esta representación causalista se destruye a sí misma tan pronto como se advierta que si bien podemos enunciarla así: “no hay sanción sin transgresión”, haciendo de la transgresión el factor condicionante, es igualmente legítimo enunciarla al revés: “no hay transgresión sin sanción”, haciendo ahora de la sanción el factor condicionante (cosa que también verifica la reflexión). Es que la relación entre entuerto y sanción no es explicativa ni en una ni en otra dirección, como cree el intelectualismo, sino que es dialéctica en la unidad de un todo de sentido, donde cada parte da tanto como recibe de la otra. Esto no ocurre en una relación causal; en una relación causal solitaria, sólo una de las partes da y la otra recibe; o si se plantea la cuestión en la dirección de Meyerson, en cada parte ya está contenido todo y lo mismo que la otra exterioriza. Pero no es ésta la relación entre entuerto y sanción, donde ambos miembros contribuyen a crear un todo de sentido convivencial que, en cuanto todo, no está por separado en las partes aisladas.

En resumen, nuestra respuesta irá encaminada a lo siguiente: No diremos, como Kaufmann, que un deber subsigue a otro deber *porque* la normatividad *es así*, sino que un deber subsigue a otro deber *en* una normatividad *que es así*, *porque* el sentido convivencial del primero como realidad humana, al infringirse, se integra con mismidad en el sentido convivencial del segundo que es también realidad humana.

Y yendo a la realidad humana, encontramos sin dificultad, profusamente y con evidencia inmediata, estas unidades de sentido que no son nexos de causa a efecto, sino maneras de vivir. Veámoslo, partiendo del ejemplo más simple; que lo mismo podría hacerse partiendo de cualquiera de las otras variantes a las que se aludirá después:

Supongamos que una persona *J* ejerce un acto intersubjetivo de fuerza (v. g.: privación de libertad o desposesión de bienes) que se comprende en conexión significativa unitaria con otro acto de una persona *A* (por ejemplo, el haber matado *A* a *B*). Comenzamos, pues, buscando aquí primeramente un acto intersubjetivo de fuerza, con independencia de la normación que pueda establecerlo como debiendo ser, aunque esta atención aparte que ponemos es a los fines analíticos y nada más. El dato nos ofrece acá un hacer de *J* (su acto de fuerza) compartido con el hacer de *A* en cuanto éste lo sufre y un hacer de *A* (su vida integrada con aquel acto de fuerza) compartido con el hacer de *J*. No importa la iniquidad o la extravagancia de esta conexión de sentidos, de las que dan abundante ejemplo los usos sociales. Pero importa, sí, que a la luz de estas valoraciones el acto de *J* se estime como connatural secuencia del acto que *A* ejerció sobre *B*. Esta connaturalidad no indica ningún nexo de causa a efecto, sino sólo una determinada manera de vivir, como más arriba anotamos; siendo de subrayar el carácter *transitivo* de este nexo unitario de sentido porque connaturalmente se pasa del acto de *A* sobre *B* al acto de *J* sobre *A*.

Si existe una norma jurídica que convalide este nexo de sentido, es decir, que establezca que el acto de fuerza de *J* debe ser en tales circunstancias, nosotros diremos que esa consecutividad de situaciones *lógicamente* debe ser; pero esto es aparte e independiente, aunque conjunto, al que también *axiológicamente* deba ser, pues en esto último consiste la secuencia como modo de vida que hemos tomado de punto de partida para el análisis. Y es en este deber ser axiológico de la vida social donde está la razón del tránsito real de los deberes jurídicos que andamos buscando.

No hay ninguna duda que la norma jurídica puede venir a negar que la consecutividad de situaciones de nuestro

ejemplo deba ser, estableciendo, por lo tanto, que otra cosa debe ser (piénsese, por ejemplo, en la creación de un nuevo impuesto o en el momento en que se discierne que la muerte de un hombre por otro en forma accidental no es delito). Pero acá tenemos que destacar con mucho énfasis dos cosas olvidadas por el racionalismo:

1º) Que la norma jurídica sólo contribuye a reemplazar un sentido axiológico connatural existente —connatural por su normalidad social— por un nuevo sentido axiológico no menos connatural que el anterior, pues no hay norma positiva en el aire desligada de toda realidad, encerrada en sí misma y existiendo para sí misma. Y no puede haberla con este alcance por cuanto la norma es, en sí misma, un concepto; es decir la mención de algo que no es ella misma. De ahí que, al pensar algo con una nueva norma, por lo menos tenemos que mentar un sentido axiológico, el cual, para quien lo piensa normativamente, por mucho que crea que en su coincidencia sólo hay una significación en el vacío, tiene que tener posibilidad histórico-social para no ser de hecho la mera palabra inoperante de una utopía del legislador. Esta posibilidad histórico-social, que no se refiere ya al sentido axiológico conscientemente mentado por la nueva norma, sino a los substratos de este sentido, es lo que distingue a las leyes nacidas muertas de las leyes operantes como instrumentos de la modificación del Derecho.

2º) Que no sólo la nueva relación de sentido resulta tan connatural por su normalidad social como la derogada, en cuanto ahora no menos que antes la consecuencia viene a ser la normal consecuencia axiológica de la situación que funciona como antecedente sino que la norma jurídica necesita a la fuerza que haya siempre alguna realidad axiológica de sentido como una posibilidad real —esto es, contenida en la situación— que sea su primario punto de referencia; y esto es así, porque siendo la conducta humana el algo mentado por la norma, su mención no es la mención de una cosa dada como un hecho en bruto sino la mención de la libertad, es decir la mención de algo dado como una posibilidad existente en la situación. En tal sentido, claro está, no se puede confundir la existencia de un hecho en sí mismo perceptible con la existencia de una po-

sibilidad contenida como hecho en la situación: el hecho de la posibilidad situacional puede subsistir aunque no se realizare el hecho tangible con el que ella se consumiría y con el que ella, por eso, abriría su propia secuencia de posibilidades situacionales futuras.

Según esto, si la norma coincide con la realidad axiológica de sentido, convalidándola, aquella necesidad es de por sí patente. Y si la norma no coincide, negándola para contribuir a sustituirla, la misma necesidad es igualmente patente, porque la negación y creación normativas presuponen, precisamente, tanto la existencia de algo anterior que se niega y se reemplaza como la posibilidad de lo uno y lo otro. Sin la realidad de conducta intersubjetiva de sentido transitivo unitario, que en alguna forma puede y tiene siempre que considerarse como fundamento aparte y sustantivo, no hay norma ni normación que signifique algo fenoménico. Sin esa realidad de sentido —confirmada, o negada y reemplazada, no importa—, tendríamos que hablar vacuamente de una norma en el aire que nada mentaría; lo que si acaso es útil para el análisis lógico del puro pensamiento normativo, no es el plano de realidades en que se coloca la Ciencia Dogmática del Derecho. ¿Qué podría existir antes de la primera normación sino una realidad de sentido que también podemos pensar normativamente, esto es, como proyecto, en cuanto que esa realidad adviene proyectándose desde su presente hacia su futuro porque este futuro actúa desde adentro de ella como una anticipación?⁶⁴

Pero, a la inversa, no vaya a creerse que con esto afirmamos que la normación jurídica subsigue cronológicamente a la realidad axiológica de sentido. Ambas son con-

⁶⁴ Como es sabido, corre bajo la responsabilidad de la teoría egológica haber destacado, más allá de Heidegger y de Ortega y Gasset, que la conducta humana, en la medida en que adviene proyectándose, no sólo se integra con el pensamiento de sí misma sino, además, que este pensamiento, para poder serlo de ella misma, ha de ser un pensamiento normativo. (Ver Cossio, *La Teoría egológica del Derecho*, 2ª ed., esp. págs. 252 y 257; Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot. También puede verse para el tema, la *Radiografía de la Teoría egológica del Derecho*, Cuarta Tesis, que está publicada en el Cuaderno Nº 19 de esta misma colección de monografías).

juntas y aparecen al mismo tiempo, por la sencilla y forzosa razón de que todo lo existente, existe configurado; siendo la normación jurídica, precisamente, una de estas formas proyectivas de la vida humana. Tan imposible es una norma positiva sin referencias a la realidad axiológica de la conducta con sus nexos de sentido, como, al revés, una realidad de este tipo jurídico sin ninguna normación: la norma será ésta o aquélla, pero alguna norma ha de haber como un inmanente pensamiento actuante o proyecto de conducta en la conducta misma (pensamiento normativo que en el *cogitatum* de una reflexión puede llegar a ser un conocimiento normativo de aquella conducta).

Lo que nosotros afirmamos es solamente que el nexo real de sentidos axiológicos tiene que considerarse como fundamento en su sustantividad de existencia, a la par del nexo lógico configurador que es también fundamento en su sustantividad funcional de proyecto. Aquél, por empírico que nos parezca, funda cuales son los deberes y por qué éste y no otro deber subsigue al primer deber; en tanto que lo segundo funda cómo y cuándo se suceden los deberes y sólo en parte contribuye a lo primero, en la medida en que la conducta se integra con el pensamiento normativo de sí misma. En consecuencia, si se pregunta por qué un deber jurídico subsigue a otro deber jurídico o por qué es éste y no aquel otro, para obtener la respuesta hay que ir a la realidad humana, desentrañar las conexiones de sentido que nos presenta la experiencia como modos de convivir y ajustar la respuesta a aquel de estos sentidos que realmente, por nexo significativo connatural, nos lleve a la comprensión convivencial de los actos, marchando por dentro del cauce formal que la Lógica normativa suministra por aparte como validez conceptual. Tal es la respuesta egológica a la cuestión que tenemos a estudio.

Esto nos hace ver que el Derecho no es *la regulación* de la conducta, como acostumbra decir el racionalismo, cebado ya con esta ligereza, pues, quitando entonces tal Derecho, vale decir, la regulación normativa, ¿qué podría ser esa conducta informe sin Derecho, la que, separable del Derecho por no ser el Derecho, algo sin embargo habría de ser puesto que va afirmada en la enunciación? La verdad es que la conducta sin sus formas óntico-ontológicas

no sólo no puede existir, sino que es algo absolutamente impensable. Esto se sabe por los filósofos, para el ente en general, desde hace mucho tiempo; pero no parece que lo sepan todavía los juristas racionalistas, empeñados en presentarnos el Derecho como un análogo de la Geometría.

Frente a la idea de que el Derecho es una regulación de la conducta, la teoría egológica afirma que el Derecho es *conducta regulada*; y aquí, una cosa es la conexión consecutiva de las normas en cuanto fundamento proyectivo y funcional del *cómo* o *cuándo* se suceden los deberes jurídicos y otra bien diferente es la relación transitiva de sentidos reales entre los actos mismos en cuanto que fundamento sustantivo, no menos esencial y originario, de *cuáles* sean los deberes y *por qué* éste y no aquél deber subsigue a un otro deber. Ambas cosas están con igual radicalidad en el Derecho. Pero como es principalmente en torno a la segunda que ha girado el problema discutido, hemos de destacarla todavía como horizonte de nuestra ciencia antes de hacer, con alcance didáctico, la presentación final de nuestro asunto.⁶⁵

⁶⁵ Este párrafo, con sus subrayados, ya está en la primera edición del presente ensayo. Llama así mucho la atención que el profesor Juan Carlos Smith, puesto sistemáticamente en la tarea de señalar los errores egológicos y de sustituirlos por la pertinente verdad, escribiese en 1962 su libro *Norma Jurídica y conocimiento jurídico*, (Buenos Aires, ed. Omeba) con tan escasa información de la tesis egológica sobre este punto, que haya podido presentar como propia de él y casi con las mismas palabras, la tesis de la escuela impugnada, para lo cual, claro está, le ha sido necesario adjudicarle a ésta una tesis imaginaria, un verdadero cuento de hadas.

En efecto: Resumiendo en el cap. VIII las tesis y desarrollos de su libro, dice el profesor Smith con referencia al tema de cual sería el objeto que la ciencia del Derecho tiene para conocer:

“El objeto de la ciencia del Derecho no es la norma jurídica instituida, considerada con prescindencia de la conducta que *regula*” (el autor se refiere con esto a la posición de la teoría pura del Derecho); “ni es la conducta humana concebida con prescindencia de las normas” (el autor se refiere ahora, con esta conducta informe, a la posición que adjudica a la teoría egológica). “Tampoco ese objeto es la conducta pensada descriptivamente —es decir, pensada con las normas—... El objeto que la ciencia jurídica aprehende y describe es *la conducta humana normada*. Es el comportamiento humano efectivamente realizado o posible de realizarse, que adquiere el carácter esen-

La Ciencia Dogmática del Derecho, *por una* de sus raíces originarias, tiene que partir de una comprensión culturalista del dato humano en cuanto que conexión de sentidos dada fenoménicamente como simple hecho de experiencia cultural. Esto corresponde simplemente a su necesidad ontológica puesta de manifiesto como fenomenología existencial. Por mucho que la Ciencia histórica y la Sociología jurídica difieran luego de la Ciencia Dogmática en la elaboración de este dato, este dato, en su núcleo óntico-ontológico, es común para las tres disciplinas, en cuanto que originario punto de partida tomado directamente en el hontanar eidético y postrero de la vida plenaria. Si no fuera así, vale decir si este dato no fuera común a las tres disciplinas en su carácter óntico de simple hecho de expe-

cial de *conducta jurídica* (o *antijurídica*) en virtud del sentido que le confieren las normas”.

Apreciará el lector, en primer término, que allí donde nosotros decimos que el Derecho es *conducta regulada*, el profesor Smith dice *conducta normada* y nada más; siendo obvio que ambas expresiones no difieren en cuanto que antes ha dicho precisamente que la norma jurídica instituida *regula* conducta.

Pero el lector además apreciará también que cuando el profesor Smith reconoce que la norma otorga a la conducta su carácter *jurídico* o *antijurídico* (sin percibir cuánto esta oposición conceptual difiere de la oposición “jurídico-ajurídico” que la teoría egológica tematiza a la par de aquella otra), el profesor Smith dice exacta y literalmente lo mismo que la teoría egológica cuando ésta se ha referido a la temática de los modos de ser del Derecho en contraposición con la temática del ser del Derecho que se encuadra en la oposición *jurídico* o *ajurídico*. (Ver Coasio, *Teoría de la Verdad jurídica*, págs. 77-78 y 137-139, ed. Losada, 1954; y con mucho mayor desarrollo analítico en *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, 2ª ed., año 1964, ed. Abeledo-Perrot, especialmente en las págs. 281 a 283, 303, 411 a 414, 502 a 506 y también, reproduciendo textos de la edición de 1944, págs. 659 y 688 a 690).

Ahora bien; si es grave para un crítico belicoso presentar como idea propia la idea que integra la tesis criticada, acaso sólo porque su información al respecto fuere muy deficiente, es mucho más grave todavía que en 1968 insista en el mismo error, atento los extensos desarrollos de aquella idea que se contienen en las páginas de la 2ª edición que acabo de recordar. Se trata de un error de tal magnitud que priva a la tesis egológica precisamente de su rasgo egológico; lo cual significa *in limine* su falsificación.

En efecto: el lector puede recurrir a la Revista de Derecho Español y Americano, XIII, (Madrid, enero-marzo de 1968) y ver el artículo

riencia cultural, sería absolutamente incomprensible no ya solamente que el Derecho fuera un fenómeno histórico y un fenómeno social sino también que el Derecho positivo fuera, precisamente, *positivo*. En todo esto, el científico bien sabe hoy en día el alcance pleonástico de la expresión "Derecho positivo", pues todo Derecho es positivo y no hay más Derecho auténtico y verdadero que el Derecho positivo.

Sin embargo, es corriente en la literatura jurídica concerniente al deslinde entre la Sociología jurídica y la Jurisprudencia dogmática, afirmaciones que ponen a la Sociología en situación de servidumbre respecto de la Dogmática. Se dice, por ejemplo, que la Ciencia Dogmática da la noción de "delito contra la propiedad" y que a partir de esta base jurídica dada por la Dogmática recién tiene sentido y es posible la investigación sociológica o criminológica correspondiente. La Dogmática, pues, habría fijado

del profesor Smith allí publicado con el título de *Ser y deber ser*. Los últimos tres párrafos de la pág. 127 y el primer párrafo de la pág. 128 (ellos corresponden al final del cap. 5º del artículo) y los dos primeros párrafos de la pág. 130 (éstos corresponden a la iniciación del cap. 7º) conciernen a mi acusación. Todos ellos son párrafos de síntesis y definición destinados a expresar con la mayor nitidez la tesis que el autor presenta como su aporte personal sobre el problema que expone. Pero a pesar del autor —de lo que dice y de lo que sugiere—, en aquellos párrafos sólo hay una repetición, por veces literal, de frases e ideas que el lector encontrará en mis obras.

Incluso debo destacar que en el párrafo de la pág. 128 el profesor Smith recurre a la expresión "*modos de ser*" del comportamiento jurídico; expresión acuñada por primera vez en la literatura jurídica en la pág. 138 de mi *Teoría de la Verdad jurídica* para esclarecer sobre el ser del Derecho el fundamento de la oposición entre jurídico y ajurídico y sobre los modos de ser del Derecho el fundamento de la oposición entre jurídico y antijurídico. De todo esto hay una abundante tematización por mi parte y por parte de mis discípulos que el profesor Smith parece ignorar, en cuanto que rechaza la tesis egológica sobre el problema al propio tiempo que expresa como propia para explicarlo, la misma idea con que la tesis egológica ya lo tiene explicado.

Y así también debo destacar que en el párrafo de la pág. 130, el profesor Smith emplea las expresiones "*regulación normativa de la conducta y conducta humana regulada*" que el presente ensayo le ofrece al lector desde 1947; lo cual verifica el alcance sinónimo que hay al decir "conducta normada" y "conducta regulada", según más arriba tuve necesidad de destacar.

el tema y el ámbito de la investigación sociológica, dando a ésta su punto de partida.

Aunque los sociólogos están, por lo común, sumisos frente a esta pretensión de los juristas que los pone en estado de servidumbre o dependencia intelectual, es claro que afirmaciones semejantes no son exactas, según se colige de lo que hemos dicho más arriba, porque la Sociología, como ciencia autónoma que es, toma su dato de la experiencia en forma tan originaria y directa como la propia Ciencia Dogmática, precisamente con aquella inicial y común comprensión ontológica a que hemos hecho referencia. En efecto, a poco que se analice alguna de aquellas afirmaciones como la de la sociología de los delitos contra la propiedad, que hemos citado de ejemplo, se ve el puro alcance externamente verbal que tiene la afirmación, sin que esté justificada la creencia de que allí se suministra constituido un objeto en sí mismo para la investigación sociológica. Pues nada impide que la Sociología tome de por sí aquellos hechos que, como conexión real de sentidos, significan que un hombre se apodera de objetos sometidos al arbitrio de otro hombre privándolo del ejercicio de este arbitrio, procediendo luego, aquella ciencia, a establecer, por ejemplo, las causas de estos fenómenos en multitud. No se ve la necesidad de que la Sociología disponga previamente del concepto "delito contra la propiedad", para tomar contacto con aquellos fenómenos de sentido, cuyo inmanente sentido convivencial ya los constituye en objeto de interés científico. Por el contrario, esa comprensión del sentido parece ser un punto de partida común para la labor divergente de la Sociología y la Ciencia Dogmática: aquélla buscando lo que facilita o dificulta su presencia fenoménica y ésta explicitando la comprensión normativa de "delito contra la propiedad" y sus peculiares consecuencias proyectivas. Sin duda, que el concepto normativo puede coincidir con el dato sociológico, en cuyo caso cabrá la aclaración sociológica del correspondiente fenómeno justificable. Tampoco hay duda que es provechosa esta coincidencia como fundamento de una sociología así dirigida. Pero ni una ni otra cosa significan que la Jurisprudencia suministra a la Sociología el dato que ella requiere como fundamento, porque lo que sirve de fundamento existe fenoménicamente

de por sí y en ello es donde en rigor se apoya la Sociología. Esta independencia respecto de la Jurisprudencia queda perfectamente a luz cuando el plexo o conjunto de fenómenos sociológicamente agrupados por el denominador común de su común sentido sociológico, sólo en una de sus porciones coincide con el concepto normativo más apto para la superposición. Por ejemplo, apropiarse de un bien ajeno no es delito cuando ocurre entre padres e hijos o cuando sucede en estado de necesidad; y no se ve cómo la Sociología habría de prescindir de estos hechos —verosíblemente sometidos a la misma causación que los restantes del grupo— cuando estudia la explicación del hecho multitudinario de sentido de que unos hombres se apoderan de ciertos objetos sometidos al arbitrio de otros hombres. El sociólogo no hace esta distinción, ni tendría por qué hacerla en la hipótesis que consideramos; quien la efectúa es el jurista; pero en ello se ve que no es la Jurisprudencia quien suministra a la Sociología el dato que ella requiere como fundamento. Jurisprudencia y sociología cada cual toman originariamente su dato de una misma fuente común de naturaleza ontológica.

23) *Presentación gráfica del problema debatido*

Si volvemos una vez más al objeto del conocimiento jurídico en su nota definitoria, a saber, a la conducta en interferencia intersubjetiva, nos será sumamente fácil visualizar la consecutividad apodíctica del deber del juez mediante el instrumento conceptual de la norma disyuntiva que proporciona la teoría egológica, limitándonos, por lo tanto, ahora, *al cómo* y *cuándo* de este deber y dejando ya de lado lo atinente al fundamento real de la transitividad del mismo, por haber ya discurrido al respecto en demasía.

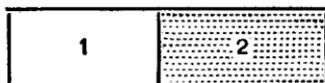
Veamos: tratando sólo de representar la conducta de una persona *A* con la norma completa que a ella se refiere, en la endonorma encontramos una interferencia intersubjetiva que hace objeto jurídico a esa conducta. En efecto, allí encontramos al sujeto *B* como sujeto titular de un derecho; según la endonorma de *A*, *A* debe respetar la vida de *B*, por ejemplo. Pero en la perinorma de *A*, es decir

dado el supuesto contrario de que *A* haya quitado la vida a *B*, encontramos a *A* en una nueva interferencia intersubjetiva como condición para que esta su conducta sea Derecho, la cual nueva interferencia está en una real conexión transitiva de sentido con la precedente. Será ahora la interferencia de conducta entre *A* y el juez, por cuya razón la perinorma de *A* dice que *A* debe ser encarcelado.

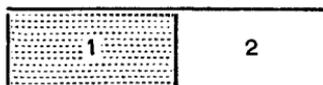
Respecto del encarcelamiento de *A*, la decisión del juez aparece como condición cuando nos representamos la conducta de *A* en la cárcel, que es la sanción. Pero nada impide que, sobre el mismo *factum* de conducta intersubjetiva, nos representemos la conducta del juez. Naturalmente que ello lo haremos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

En mi citado libro *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, (2ª edición, p. 667), la consecutividad de las normas jurídicas de que aquí se habla está gráficamente representada con el siguiente esquema:

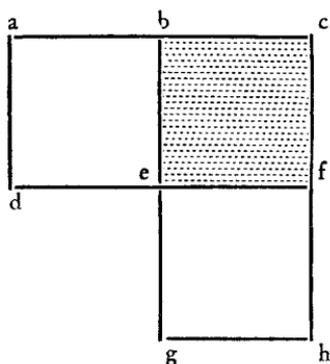
Primera norma:



Segunda norma:



Presento ahora otro esquema, quizá menos didáctico —el lector tiene a su arbitrio, claro está, la elección que le plazca—, que permite, en cambio, visualizar mejor cómo la perinorma de *A* coincide, en su extensión lógica o denotación, con la endonorma del juez, no obstante que sean diferentes la comprensión lógica o connotación de una y otra, porque el objeto que representa la una es la conducta del transgresor en tanto que el objeto que representa la otra es la conducta del juez:



El rectángulo *acdf* es la norma completa que mienta la conducta del súbdito *A* de nuestro ejemplo; el cuadrado *abde* es su endonorma y el cuadrado *bcef* es su perinorma. La parte sombreada es la conducta que, como objeto del conocimiento jurídico, ha ocurrido realmente: *A* ha sido encarcelado por haber quitado la vida a *B*. Esta sanción encuentra su significación, es decir, es pensada, con toda la norma *acdf* como juicio disyuntivo. Pero el cuadrado *bcef*, es, al propio tiempo, la endonorma de la norma completa *bcgh*, con que representamos la conducta del juez co-

Carlos

rrespondiente. También aquí el sentido de la conducta del juez es pensado con la totalidad disyuntiva de su respectiva norma aunque la perinorma *efgh* no tenga cumplimiento intuitivo porque el juez no ha transgredido su deber. El dato intuitivo de conducta intersubjetiva que cae bajo la extensión lógica de *bcef*, pensado horizontalmente en una perinorma y en ella la conducta del juez sólo es una condición integrante de su sentido jurídico, apodícticamente en lo que concierne al *cómo* o al *cuándo* y asertóricamente en lo que concierne al *cuáles* o al *porqué*; pero el mismo dato pensado verticalmente es una endonorma y en ella la conducta del transgresor sólo es una condición integrante del sentido jurídico que corresponde a la otra conducta (la del juez, en este caso), con la misma doble referencia apodíctica y asertórica.

Así, con esta superposición de perinorma y endonorma fundada en su común extensión lógica, se encadenan las diversas normas de un mismo plano normativo en la consecutividad necesaria de deberes. La consecutividad de las normas jurídicas es, sin duda, una estructura lógica del pensamiento jurídico que tenía que ponerse en claro para que el pensamiento científico pueda aprehender la dinámica del Derecho en su movimiento de coordinación. Pero libres de toda hipóstasis, vemos el fundamento de esta dinámica no en la consecutividad exclusivamente sino repartido entre la consecutividad y el desplazamiento significativo real y efectivo, que, como transitividad fenoménica de sentido, lleva de un deber a otro deber jurídicos; donde este desplazamiento explica *cuáles* son los deberes y *por qué* este y no aquel deber subsigue a un otro deber; y donde aquella consecutividad explica *cómo* y *cuándo* se suceden los deberes y también, en parte, *cuáles* son ellos y por qué es el segundo y no otro, en cuanto la norma misma está integrando aquel sentido que, en su totalidad sucesiva, se vive como unidad en su transitividad.

El logos de la norma es parte del logos completo de la conducta; y la conducta se vive, no en instantes sucesivos sino en totalidades sucesivas. Sólo que tratándose del Derecho son totalidades sucesivas coexistenciadas.

INDICE

Carri

Carrión

Dedicatoria	7
Noticia	9
1. Civilistas, criminalistas y jusfilósofos en faena común. Perspectivas	13
2. El problema en el plano conceptual de las normas	19
3. La crisis del racionalismo en nuestro problema	25
4. El mensaje de la tesis egológica	33
5. Remisión	35
6. El problema en el plano vital de la existencia. Un ejemplo civilista	35
7. La significación del causalismo en la Naturaleza, en la fundamental investigación de Meyerson ...	40
8. La inteligibilidad del fenómeno jurídico	42
9. El problema que plantea al jurista el mundo de la Naturaleza	43
10. El matiz de la diferencia entre civilistas y penalistas	45
11. Común denominador y similar error del causalismo en lo civil y en lo penal	50
12. El salto egológico	53
13. La teleología y el contrato	58
14. Examen del matrimonio como fenómeno jurídico ..	74
15. El racionalismo examinado en el delito deportivo	108
16. El empirismo examinado en el contrato inmoral ..	115
17. Papel de la ley en la tesis egológica	119

18. Papel y naturaleza de la experiencia en la tesis egológica	125
19. El juicio de existencia fundamental en el Derecho	129
20. Desarrollo esquemático de la egología en el lugar atribuido a la causalidad	135
21. Perinorma y norma primaria	147
22. El tránsito real de deberes como dato empírico de sentido, común al Derecho, a la Sociedad y a la Historia	153
23. Presentación gráfica del problema debatido	164



Impreso y terminado en
GRAFICA GUADALUPE,
en el mes de noviembre de 1969
Rafael Calzada, (Bs. Aires), Argentina

Cozzio