

**Estudios sobre teoría
pura del derecho y teoría
egológica del derecho
70° aniversario del debate entre
Hans Kelsen y Carlos Cossio**

**Alejandro González Monzón
Diego Luna (directores)**



THOMSON REUTERS
LA LEY

THOMSON REUTERS
LA LEY



**Estudios sobre teoría pura
del derecho y teoría egológica
del derecho**

**70° aniversario del debate entre
Hans Kelsen y Carlos Cossio**

**Alejandro González Monzón
Diego Luna (directores)**

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES**

Decano

Alberto J. Bueres

Vicedecano

Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes

Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina / Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes

Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes

Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

Secretarios

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner
Subsecretarios

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

Estudios sobre teoría pura del derecho y teoría egológica del derecho

**70° aniversario del debate entre
Hans Kelsen y Carlos Cossio**

**Alejandro González Monzón
Diego Luna (directores)**



THOMSON REUTERS
LA LEY

González Monzón, Alejandro

Estudios sobre teoría pura del derecho y teoría egológica del derecho : 70° aniversario del debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio / Alejandro González Monzón ; Diego Luna. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Facultad de Derecho-UBA, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4438-4

1. Derecho. I. Luna, Diego. II. Título.

CDD 340.1

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho UBA, 2022
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2022
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4438-4

ARGENTINA



Dr. Hans Kelsen

Praga, 11 de octubre de 1881

Berkeley, 19 de abril de 1973



Dr. Carlos Cossio

San Miguel de Tucumán, 3 de febrero de 1903

Buenos Aires, 24 de agosto de 1987

*A la memoria de los profesores Dr. Hans Kelsen y Dr.
Carlos Cossio, cuyas brillantes obras han iluminado
el pensamiento iusfilosófico contemporáneo.*

“(...) Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas (...)”.

Hans Kelsen, *Carta a Josef Kunz*

“(...) Hans Kelsen, personalidad genial de filósofo especializado y de infatigable polemista, que ostenta títulos universalmente reconocidos para ver en él el jurista por antonomasia de la época contemporánea y también, sin ninguna clase de dudas, uno de los casos más extraordinarios y fecundos que se conocen en la historia de las ideas jurídicas de todos los tiempos (...)”.

Carlos Cossio, *Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea*

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO

Evocación de Carlos Cossio	XXVIII
La peripecia de Cossio.....	XXX
Un intento fallido.....	XXXI
Egología y marxismo	XXXII
Colofón.....	XXXIV

PRESENTACIÓN

.....	XXXV
-------	------

CAPÍTULO PRIMERO

EL DEBATE KELSEN-COSSIO: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y RETROSPECTIVA

LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES EN 1949, AÑO DE LA VISITA DE HANS KELSEN

Por Tulio Ortiz

.....	3
-------	---

CARLOS COSSIO, UN ORIGINAL JURISTA ARGENTINO Y LATINOAMERICANO

Por Alfonso Santiago

I. Presentación.....	15
II. El perfil biográfico de Carlos Cossio	16
III. El debate Kelsen-Cossio	17
IV. Ontología jurídica	19
V. Lógica jurídica	22

VI. Axiología jurídica.....	Pág. 22
VII. Interpretación jurídica.....	23
VIII. Palabras finales	24

**VIDAS PARALELAS. UN ABRAZO ENTRE KELSEN Y COSSIO LUEGO
DE 70 AÑOS, BUENOS AIRES, 15 DE AGOSTO DE 2019**

Por Carlos Enrique Pettoruti

.....	27
-------	----

**SOBRE LA GIRA SUDAMERICANA DE HANS KELSEN: EL LARGO Y SINUOSO
CAMINO DE UNA RECONSTRUCCIÓN**

Por Oscar Sarlo

I. Estudio preliminar	37
I.1. Antecedentes remotos	37
I.2. Una ocasión propicia: los 50 años de la visita de Kelsen.....	38
I.2.a. Un aniversario casi olvidado	38
I.2.b. Los preparativos.....	39
I.2.c. El evento	39
I.3. La investigación	42
I.4. Repercusiones diferidas	43
I.4.a. Desarrollo de mi proyecto de investigación.....	43
I.4.b. Investigaciones en Brasil.....	44
I.4.c. Investigaciones en Colombia	45
I.4.d. Investigaciones en España.....	45
I.4.e. Finalmente, una investigación en la Argentina.....	45
II. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El frente sur de la teo- ría pura	47
II.1. Introducción.....	47
II.2. La dimensión subjetiva: dos estilos personales encontrados...	49
II.3. La dimensión académico-política: escuelas y secuelas	52
II.3.a. Antecedentes del viaje (1936-1948).....	52
II.3.b. Los preparativos del acontecimiento en 1949	55
II.3.c. Las actividades de Kelsen en el Río de la Plata	56
II.3.d. Actividades de Kelsen en Río de Janeiro	59
II.3.e. Incidencias posteriores al regreso de Kelsen hasta la rup- tura.....	60
II.4. La dimensión epistemológica: ¿teoría o retórica?	64
II.5. Conclusiones.....	66

**LAS CONFERENCIAS DE HANS Kelsen EN LA ARGENTINA Y SU DEBATE CON
CARLOS COSSIO. ESTUDIO PRELIMINAR 1949-2019**

Por Diego Luna

I. Una aproximación epistemológica en su marco histórico.....	69
II. Cobertura de la llegada de Kelsen en la prensa escrita argentina	81
III. Kelsen en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universi- dad de Buenos Aires.....	90
IV. Otras actividades de Kelsen en la Facultad de Derecho y Ciencias So- ciales.....	100
V. El Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social recibe a su miem- bro de honor.....	102
VI. Kelsen asiste a la sesión del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social en la que se discute la comunicación de Vilanova	113
VII. Kelsen en el salón Kraft: la conferencia gestionada por el Colegio de Abogados de Buenos Aires con la Asociación Amigos del Libro.....	114
VIII. Kelsen, socio honorario del Colegio de Abogados de Buenos Aires...	123
IX. Kelsen en el Instituto Popular de Conferencias del diario <i>La Prensa</i> ...	125
X. Kelsen, la lógica y los críticos del gobierno.....	131
XI. Kelsen en la cuna de la teoría egológica del derecho: la Universidad Nacional de La Plata.....	138
XII. Ecos de Kelsen con reverberación egológica	141
XIII. Kelsen continuó su contrapunto con Cossio en su paso por Río de Janeiro	145
XIV. Dos curiosidades: ¿cuándo regresó Kelsen? y ¿cobró sus honora- rios?.....	149
XV. La polémica Cossio contra Kelsen. Cronología de publicaciones	151
XVI. “Kelsen-Cossio”: el libro desautorizado. Algunas reseñas	156
XVII. El saldo de la polémica: algunas palabras finales.....	164

**EL POSITIVISMO EN EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO CUBANO. UNA MIRADA
RETROSPECTIVA A TRAVÉS DE TRES OBRAS DEL SIGLO XX**

Por Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez

I. Introducción.....	167
II. El panorama iusfilosófico cubano a inicios del siglo XX. El cambio de paradigmas	174
III. El estudio del positivismo iusfilosófico en Emilio Fernández Camus y Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro	198
IV. A modo de conclusiones (necesariamente parciales)	224

Pág.

APROXIMACIÓN A LAS IMPLICACIONES IUSFILOSÓFICAS DEL DEBATE KELSEN-COSSIO

Por Alejandro González Monzón

I. Preliminares.....	227
II. Brevísimas referencias a los antecedentes del debate de 1949.....	235
III. Las conferencias de Kelsen en la Universidad de Buenos Aires (UBA)	241
IV. Tesis fundamental de la teoría egológica. El derecho como conducta en interferencia intersubjetiva.....	251
V. La teoría egológica frente a la teoría pura. Entre la conducta y la norma	261
VI. Valoración final	269

EL POSITIVISMO JURÍDICO KELSENIANO Y LA EGOLOGÍA JURÍDICA COSSIANA: DOS SEGMENTOS EPISTEMOLÓGICOS REDUCCIONISTAS DE LA EPOPEYA PURIFICADORA

Por Vicente Julio Arranz Castillero

I. Introito	273
II. Precisiones y matices aclaratorios para la pesquisa sobre los reduccionismos epistemológicos kelseniano y cossiano.....	277
II.1. Primera precisión: las categorías paradigma de base y paradigmas disciplinarios	277
II.2. Segunda precisión: la iusfilosofía desde los núcleos conceptuales primarios o desde la primicia a la experiencia jurídica	279
II.3. Tercera precisión: la vitalidad de las matrices fundamentales de sentido de la dialéctica materialista	282
III. El reduccionismo normativo kelseniano y el reduccionismo egológico cossiano como segmentos de la epepeya purificadora.....	288
III.1. Breve exposición de las actitudes epistemológicas previas a los reduccionismos jurídicos positivistas y fenomenológicos	290
III.2. La significación e implicaciones de la purificación normativista kelseniana y la purificación fenomenológica cossiana.....	294
III.3. Los condicionantes del desarrollo teórico y sociocultural, vivencial e ideológico de la purificación normativista kelseniana y la purificación fenomenológica cossiana	301

EL NÚCLEO FILOSÓFICO DEL DEBATE KELSEN-COSSIO

Por Julio Raffo

.....	307
-------	-----

	Pág.
UNA PERSPECTIVA TRIALISTA DEL DEBATE KELSEN-COSSIO	
<i>Por Miguel Ángel Ciuro Caldani</i>	
.....	321
EL FILÓSOFO COSSIO Y EL JURISTA KELSEN: UN DEBATE SOBRE DERECHO Y POLÍTICA Y SUS IMPLICANCIAS ACTUALES	
<i>Por Eduardo Héctor Méndez</i>	
I.....	327
II.....	330
III.....	331
IV.....	341

CAPÍTULO SEGUNDO
ALGUNAS DIMENSIONES Y PROYECCIONES DE LAS OBRAS DE KELSEN Y COSSIO

LA ESENCIA Y EL VALOR DE LA DEMOCRACIA

Por Thomas Olechowski

I. Introducción.....	345
II. Credo académico y visión del mundo de Kelsen	346
III. Democracia versus socialismo.....	347
IV. Estado corporativo y fascismo	349
V. Epílogo	352

**EL ESTADO Y EL DERECHO EN HANS KELSEN. UNA APROXIMACIÓN A LA
TEORÍA DEL ESTADO DE KELSEN DESDE EL PANTEÍSMO**

Por Oscar Ucha

I. Introducción.....	355
II. La teoría pura y el relativismo como base epistémica	356
III. La teoría pura y su vínculo con el panteísmo	357
IV. Panteísmo como epistemología de la democracia en Kelsen.....	358
V. Conclusión.....	360

**EL DERECHO COMO LENGUAJE DEL PODER POLÍTICO: UNA SÍNTESIS
DIALÉCTICA DEL PENSAMIENTO DE KELSEN Y COSSIO**

Por Michel Enrique Torres Corona

I. El poder.....	361
II. La sociedad.....	363
III. Kelsen y Cossio.....	364
IV. El derecho.....	367
V. La función del derecho.....	370
VI. El concierto.....	374

COSSIO VS. KELSEN: EL PROBLEMA DEL MÉTODO

Por Fernando Almeyda Rodríguez

I. Profundizando en una vieja polémica.....	375
II. Un distanciamiento necesario.....	376
III. El método en Kelsen.....	377
IV. El método en Cossio.....	380
V. El núcleo de la polémica.....	382
VI. A modo de conclusión.....	383

**LA IMPRONTA DE HANS KELSEN EN EL ABORDAJE JURÍDICO DE LOS DERECHOS
PARTICIPATIVOS**

Por Sonia Zaldivar Marrón y Milene Hernández Traba

I. Cuestiones introductorias.....	385
II. Apuntes sobre el pensamiento iusfilosófico de Hans Kelsen.....	386
II.1. La concepción kelseniana sobre los derechos subjetivos. El lugar de los derechos humanos.....	387
II.2. ¿Kelsen democrático?.....	389
III. Incidencia del pensamiento de Kelsen en las concepciones actuales sobre la participación política como derecho humano.....	394
IV. Ideas finales.....	400

**APUNTES SOBRE LOS DEBERES JURÍDICOS EN EL PENSAMIENTO DE HANS
KELSEN, EN SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL**

Por Gustavo Manuel Hernández Arteaga

I. Introducción.....	401
II. La naturaleza del deber jurídico según Hans Kelsen.....	402

	Pág.
II.1. La trascendencia de los deberes jurídicos en la constitución según el pensamiento de Kelsen: la validez de la norma.....	404
III. Conclusiones	406

LAS FUENTES DEL DERECHO Y EL JUEZ. VALORACIONES DESDE LA RELECTURA NECESARIA DE “TEORÍA PURA DEL DERECHO”, DE HANS KELSEN

Por Carlos Justo Bruzón Viltres y Lianet Bárbara Palacio Castillo

I. Introducción.....	409
II. El primer problema: conceptual.....	411
III. Los aportes de esta relectura en el contexto cubano	416
IV. Conclusiones.....	419

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE CARLOS COSSIO Y JOSÉ ANTOLÍN DEL CUETO

Por Giselle Jordán Fernández

I. Ideas iniciales.....	421
II. Breve aproximación biográfica a José Antolín del Cueto (1850-1929)...	423
III. La cuestión de la jurisprudencia como fuente de derecho en Cuba. El discurso de José Antolín del Cueto.....	426
IV. Los puntos de concordancia entre el pensamiento de José Antolín del Cueto y Carlos Cossio.....	435
V. Consideraciones finales	442

KELSEN Y COSSIO, DOS MIRADAS IUSFILOSÓFICAS A LAS LAGUNAS JURÍDICAS

Por Majela Ferrari Yaunner

I. Introduciendo el tema de las lagunas	445
II. Comienza la polémica Kelsen-Cossio. ¿Existen las lagunas?.....	450
III. La sistematización iusfilosófica de Cossio como punto de partida para la conceptualización de las lagunas.....	455
IV. ¿Qué son en definitiva las lagunas? Algunas tipologías con trasfondo conceptual	463
V. Cerrando el debate	468

KELSEN, COSSIO Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por Desiree Llaguno Cerezo, Elizabeth Valdés-Miranda Fernández y Ernesto Moreira Sardiñas

I. Introducción.....	471
II. La dificultad para definir el derecho internacional	472
II.1. Contextualización del surgimiento del derecho internacional...	476
II.2. Filosofía del derecho internacional.....	477
III. La teoría del derecho internacional en Kelsen. Valoraciones generales	481
III.1. La supervivencia del derecho internacional	481
III.2. Valoraciones en torno a la concepción kelseniana de ordenamiento jurídico internacional y su relación con el derecho interno	482
III.3. Kelsen y la coactividad del derecho internacional.....	485
IV. El derecho internacional y el pensamiento de Carlos Cossio.....	486
IV.1. Teoría egológica en contexto	486
IV.2. El derecho internacional y la teoría egológica.....	489
V. Conclusiones	493

GARANTISMO VS. PRINCIPALISMO: ¿VIGENCIA DE LA POLÉMICA ENTRE KELSEN Y COSSIO?

Por Alie Pérez Véliz

I. A modo introductorio.....	495
II. Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista: la visión de Ferrajoli y las críticas cosechadas.....	497
III. ¿Kelsen y Cossio en el debate entre garantismo y principalismo?	506
IV. Conclusiones.....	511

EL PENSAMIENTO CULTURALISTA DE A. L. MACHADO NETO: CONTRIBUCIONES PARA EL EGOLOGISMO JURÍDICO DE CARLOS COSSIO

Por Ricardo Maurício Freire Soares y Raissa Pimentel Silva

I. Introducción.....	513
II. Biografía	514
III. Aspectos generales de la teoría egológica del derecho de Carlos Cossio	518
IV. La teoría egológica del derecho y las contribuciones de A. L. Machado Neto.....	522
V. Consideraciones finales	526

VIRTUALIDAD EGOLÓGICA: UN ESCENARIO SIN LÍMITES

Por Lorena Siquot

I. Introducción.....	529
II. El derecho y su objeto	530
II.1. Notas preliminares: los contenidos del debate.....	530
II.2. La posición kelseniana: el derecho y sus aspectos estático y dinámico	530
III. La respuesta egológica	532
IV. Conclusiones: la virtualidad egológica.....	534

EDUCACIÓN EN CONTEXTO DE ENCIERRO DESDE UNA MIRADA EGOLÓGICA

Por Solange Marcela Carballes

I. Introducción.....	537
II. Reforma constitucional del año 1949. Contexto político y debate Cossio-Kelsen	539
III. La teoría egológica expulsada de la academia.....	542
IV. La universidad de Buenos Aires llega a la cárcel. Programa UBA XXII.....	543
V. Conclusiones	546

CAPÍTULO TERCERO

UNA ANTOLOGÍA PARA REPENSAR LAS TEORÍAS PURA Y EGOLÓGICA DEL DERECHO

¿CÓMO VE KELSEN A LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO?

Por Carlos Cossio

I. Vísperas promisorias.....	551
II. Respuesta a Kelsen y a Kunz	555

EL DERECHO COMO CONDUCTA (MIRANDO DESDE ESPAÑA LA VISITA DE KELSEN A LA ARGENTINA)

Por Alfonso Ibáñez de Aldecoa

I. El egologismo ante la ciencia jurídica	563
II. Autorización de la investigación egológica	565
III. Correcta ontologización de la conducta.....	567

	Pág.
IV. La norma como forma intelectual.....	569
V. Significado de la teoría egológica.....	571

ALGO SOBRE LA TEORÍA PURA Y LA TEORÍA EGOLÓGICA. KELSEN Y COSSIO

Por José Salvador Guandique

I. Primer problema.....	573
I.1. La teoría pura del derecho.....	573
II. Segundo problema.....	575
II.1. El derecho.....	575
III. Tercer problema.....	582
III.1. La libertad.....	582

KELSEN - COSSIO

Por Miguel Reale

.....	585
-------	-----

KELSEN - COSSIO

Por Luis Cabral de Moncada

.....	589
-------	-----

KELSEN - COSSIO

Por Luis Legaz y Lacambra

.....	595
-------	-----

COSSIO CONTRA KELSEN

Por Werner Goldschmidt

I. Introducción.....	599
II. El axioma ontológico.....	601
II.1. El axioma de la división dicotómica de las conductas humanas en el plano lógico.....	601
II.2. La indeterminabilidad de la libertad.....	601
II.3. La indeterminabilidad de toda realidad presente o futura.....	602
II.3.a. El derecho del obligado.....	603
II.3.b. Divisiones dicotómicas.....	604

	Pág.
II.4. Resumen	604
III. La lógica del deber ser	605
IV. La intuición del derecho	607
IV.1. Exposición de la controversia	607
IV.2. Objeciones infundadas contra la tesis de Cossio (distinción entre <i>ratio essendi</i> y <i>ratio cognoscendi</i>)	608
IV.3. Precisiones de la tesis de Cossio	608
IV.3.a. Distinción entre la delimitación intuitiva del objeto y la intuición de su esencia	608
IV.3.b. Tesis y procedimiento de Cossio	609
IV.3.b.i. Delimitación del objeto a intuir	609
IV.3.b.ii. Intuición del objeto ya delimitado	610
IV.3.b.iii. Conclusión	610
V. Norma y regla del derecho	611
V.1. Exposición de las dos tesis en pugna	611
V.2. La solución	612
V.2.a. Análisis de las proposiciones legales y la insuficiencia de este método	612
V.2.b. Superación de la insuficiencia del método anterior	612
V.2.b.i. Doble duplicidad de la lógica	612
V.2.b.ii. Esfera óptica: interferencia intersubjetiva de conduc- tas	613
V.2.b.iii. Vivencias psíquicas fundantes	614
V.2.b.iii.1. Actos cognitivos del juzgador-legislador (el juicio de Cossio)	614
V.2.b.iii.2. Actos imperativos	615
V.2.b.iii.3. La objetividad (= intersubjetividad) de nuestro resul- tado	617
V.2.b.iii.4. Relación de la tesis desarrollada con la “teoría egoló- gica”	620
VI. Estática y dinámica del derecho	626
VII. Conclusiones	627

KELSEN - COSSIO

Por Fausto E. Rodríguez García

..... 629

Pág.

TEORÍA PURA DEL DERECHO Y TEORÍA EGOLÓGICA (RESPUESTA A CARLOS COSSIO. TEORÍA EGOLÓGICA Y TEORÍA PURA DEL DERECHO. BALANCE PROVISIONAL DE LA VISITA DE KELSEN A LA ARGENTINA)

Por Hans Kelsen

I.....	636
II.....	639
III.....	641
IV.....	654
V.....	663

ENTRE EL REALISMO JURÍDICO Y EL IDEALISMO

Por Barna Horváth

I. “Teoría de la verdad” y “Pensamiento jurídico no euclidiano”	670
II. De la naturaleza a la cultura	673
III. Aspectos cambiantes del realismo jurídico escandinavo	678
IV. El diálogo entre Kelsen y Cossio	682

TEORÍA PURA Y TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO (LA POLÉMICA KELSEN-COSSIO)

Por Enrique Luño Peña

.....	689
-------	-----

TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO VERSUS TEORÍA PURA DEL DERECHO

Por Jerzy Wróblewski

I.....	695
II.....	700
III.....	702
IV.....	708

LA LÓGICA DEÓNTICA EN KELSEN Y COSSIO (LA NORMA Y EL IMPERATIVO)

Por António Luís Machado Neto

I. El vacío ontológico.....	714
II. Imperativismo, sí y no.....	717
III. La solución egológica	720

	Pág.
TEORÍA PURA Y TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO	
<i>Por Luis Martínez Roldán</i>	
.....	723
NORMATIVISMO Y REACCIÓN ANTINORMATIVISTA	
<i>Por Julio Fernández Bulté</i>	
I. La teoría pura del derecho de Hans Kelsen	741
II. La trascendencia del normativismo kelseniano	751
III. La teoría egológica de Carlos Cossio.....	754

PRÓLOGO

La Universidad de La Habana organizó, entre los días 7 y 8 de octubre de 2019, el encuentro académico “Seminario Internacional de Filosofía del Derecho. El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, durante el cual, con contenidos memorables, se evocó el encuentro y diálogo entre Kelsen y Cossio en la Universidad de Buenos Aires ocurrido en agosto de 1949.

La alta casa de estudios cubana tomó a su cargo esa evocación, y en su marco se realizaron exposiciones que abordaron, con reflexiones iusfilosóficas y datos históricos, numerosos aspectos y contenidos de aquel encuentro memorable, con la riqueza de una multiplicidad de escuelas de pensamiento en la teoría del derecho, entre las cuales se advierten las amplias directrices del marxismo crítico, representantes de la “escuela jurídica de La Plata” de profundas raíces *kelsenianas* y *cossianas*, iusnaturalistas y, por supuesto, del positivismo jurídico kelseniano, como así también enfoques egológicos no solo de autores/as argentinos, sino también brasileños. El mérito de esa convocatoria y de su éxito recae sobre la Facultad de Derecho de esa universidad, su decana Marta Moreno Cruz, su vicedecano Yuri Pérez Martínez y, especialmente, el profesor Alejandro González Monzón, quienes, con la colaboración de Lucía Bellocchio, Juan Pablo Alonso y Diego Luna, tan eficazmente lo organizaron.

Nada podría agregar sobre el encuentro Kelsen-Cossio que no esté ya dicho en este libro, que contiene valiosa información e importantes reflexiones sobre aquel diálogo y sus circunstancias, con una rica multiplicidad de puntos de vista iusfilosóficos que invitan al diálogo con los diversos autores, para coincidir o discrepar, pero siempre enriqueciéndose con ese tipo de encuentro que las buenas lecturas permiten. Pero sí podré aportar algunas reflexiones sobre las circunstancias que lo silenciaron en la Argentina y algunos datos sobre Cossio, su personalidad, su obra y sus peripecias, formuladas desde la perspectiva y conocimiento que me brindó el haber sido su discípulo y amigo cercano durante más de 20 años.

La primera, y hasta hoy única, evocación del encuentro de Kelsen con Cossio en la Facultad de Derecho de la UBA y del fecundo desencuentro académico entre la teoría pura y la teoría egológica la organizó la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho el 15 de agosto de 2019 y fue auspiciada

por el Departamento de Filosofía del Derecho y la Embajada de Austria: “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”. Impulsada por Diego Luna, destacado ególogo, contó con la participación de los profesores Juan Pablo Alonso, Miguel Ángel Ciuro Caldani, Estefanía Cuello, Martín Farrell, Eduardo Méndez, Thomas Olechowski, Tulio Ortiz, Carlos Pettoruti, Oscar Sarlo, Lorena Siquot, María Claudia Torrens, Enrique Zuleta Puceiro, Diego Luna y yo. Lamentablemente, Eugenio Bulygin, quien había comprometido también su presencia, pocos días antes le comunicó a Luna, con el humor que siempre lo caracterizó: “[N]o podré concurrir al coloquio Kelsen-Cossio por razones de salud, o más bien por falta de ella”.

Ese encuentro no solo fue trascendente por la importancia del tema abordado y la riqueza de las exposiciones, sino por haber roto el tabú que empujaba al olvido aquel debate, lo cual comprometió mi emoción y agradecimiento.

EVOCACIÓN DE CARLOS COSSIO

Lo conocí en 1964, en las conferencias y debates que se organizaban en la Asociación de Abogados de Buenos Aires con motivo de haber aparecido la segunda edición del libro *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, a las cuales fui invitado por mi profesor Julio Cueto Rúa.

En esas conferencias, sus discípulos *seniors*, ya reconocidos juristas, tomaban temas de la egología para ampliarlos o discutirlos. Recuerdo entre ellos a mi también amigo y maestro José Vilanova, a Esteban Ymaz, Juan Francisco Linares, Enrique Aftalión, Julio Gottheil, Abel Arístegui, Julio Cueto Rúa, Roberto Yañez Cortés, Enrique Petracchi (h) y muchos otros. A lo cual Cossio respondía, generándose un diálogo entre ellos, y después con la parte del público que pedía la palabra. El descubrir esa actividad y la gente que la realizaba me hizo sentir que asistía a sesiones de algo así como la Academia de Platón, en la cual, muy generosamente y teniendo yo veinte años, se me hizo un lugar del cual nunca más me separé.

Cossio fomentaba el diálogo porque creía en sus ideas y en su capacidad de convencer en esos encuentros, en los cuales se buscaba el conocimiento, a la vez que se construía la amistad.

En esto también se diferenciaba de Kelsen, quien en el marco de aquella polémica, sostuvo: “[L]as discusiones verbales no constituyen un método idóneo para el examen de problemas teóricos” ⁽¹⁾, con lo cual, inexplicable-

(1) KELSEN, H., “Teoría Pura y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio (...)”. Ahora puede verse en el libro KELSEN, H. y COSSIO, C., “La Polémica Kelsen Cossio. Teoría pura del derecho versus teoría ecológica del derecho”, edición a cargo del profesor Diego Luna, Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 230.

mente, descalificaba toda la obra de Platón, que consiste, precisamente, en el registro de diálogos.

El generoso y amable trato que Cossio brindaba a quienes se interesaban en sus ideas facilitaba el acercamiento a su persona, y rápidamente pasé de ser un estudiante interesado a discípulo y, poco después, a amigo cercano por el resto de sus días. En 1971, me otorgó el diploma de abogado en la Universidad de Buenos Aires. Durante la peripecia de mi exilio en Brasil, nos escribíamos y él ofrecía y ejercía su solidaridad en todas las formas a su alcance.

En su enfermedad lo visitaba y mantuve con él emotivos diálogos que aún recuerdo. Una de las últimas frases que le oí decir fue: “Anoche tuve un sueño muy lindo. Pero soñar despierto es aún más lindo que soñar dormido”. En agosto de 1987, cuando murió, sus principales discípulos me designaron para hablar en nombre de todos ellos en la ceremonia fúnebre que tuvo lugar, de cuerpo presente, en aquella misma Asociación de Abogados de Buenos Aires.

Esa larga e intensa relación de amistad y académica que mantuve con mi maestro me permite dar testimonio sobre su personalidad, sus vicisitudes de aquellos años y su mentada aproximación a Marx, con lo cual quizás he de completar, y en algo corregir, lo que a ese respecto puede encontrarse en alguna de las páginas de este libro.

Cossio era una persona de trato sencillo y afable; que, como el Dom Pedro de Pessoa, fue “claro en el pensar y claro en el sentir (...) fiel a la palabra dada y a la idea habida”. Su conversación desarrollaba temas de interés, en forma amena, y no solo de Filosofía del Derecho, sino de Filosofía general y del ámbito cultural, en el cual transitaba con sólidos conocimientos y agudas reflexiones. No le hacía sentir a su interlocutor el peso de su saber o prestigio, a raíz de lo cual muchas veces yo mismo me sorprendí al advertir que, llevado por el clima que él generaba, replicaba como si estuviese discutiendo con otro estudiante.

Amaba a Chopin y podía disertar sobre sus “Nocturnos”. Entre las obras de Chopin que solía escuchar, “La Barcarola” era su preferida. Un día me confesó con una sonrisa: “Cuando escucho a Chopin, imagino a un muñequito que corre y brinca al compás de las notas, y sus cabriolas las ilustran y me ayudan, después, a recordarlas”.

Nunca le vi perder la calma ni ser descortés, pero sí responder con ironía cuando percibía la intención descalificatoria del oponente. La expresión más dura que le oí decir en ocasión de alguna polémica fue: “Yo, a usted, no consigo entenderlo”, para pasar a analizar, con precisión del anatomista que disecciona, lo que el contendor había sostenido, poniendo en evidencia las debilidades de la oposición escuchada.

Quienes no lo trataron juzgan su personalidad por su prosa escrita, y se equivocan. El grueso de su prosa es, a mi juicio, *barroca* en su estilo, pero su personalidad no. Lo que debe importar es el “qué” se nos dice antes que el “cómo se lo dice”. No por ser “barrocos” Hegel es menos filósofo, ni Góngora menos poeta, ni Caravaggio menos pintor.

LA PERIPECIA DE COSSIO

La peripecia más dolorosa de Cossio, de la cual nunca hablaba, aunque sí escribió, fue su arbitraria exclusión de la Facultad de Derecho de la UBA y el que se le impidiera presentarse a sus concursos después, realizada por la dictadura del general Pedro E. Aramburu en 1956 y mantenida hasta 1973 cuando, por aplicación de la Ley de Amnistía de ese año, presentó el escrito que yo le llevé, el cual motivó la resolución del rector interventor de la UBA, Rodolfo Puiggrós, disponiendo su reincorporación. No hubo en esa reincorporación ni influencias políticas ni otras gestiones más que el trámite que requería la aplicación lisa y llana de aquella ley.

Ninguno de los destacados profesores de aquel tiempo protestó contra la exclusión de Cossio, y muchos de ellos integraron la estructura de poder de la Dictadura. Una honrosa excepción la constituye la carta que, adelantándose a esa cesantía, que se veía venir, le dirigieron al decano interventor de la Facultad de Derecho, Alberto Padilla, los doctores Julio Cueto Rúa, Genaro Carrió, César Espigares Moreno y Julio Gottheil, desde la Southern Methodist University, fechada el 8 de noviembre de 1955 en Dallas EE.UU., y en la cual, entre otras cosas, dijeron:

“[H]emos tenido el honor y el privilegio de haber sido alumnos del Profesor Carlos Cossio, en su cátedra de La Plata, o en la que, posteriormente, ha desempeñado en Buenos Aires (...). No vacilamos en calificar al profesor Carlos Cossio, de maestro en el más auténtico y puro sentido del término. Lo demuestra, entre otras circunstancias, el hecho decisivo de que él ha sido capaz de formar una escuela jurídica argentina de resonancia internacional (...). La separación del profesor Carlos Cossio afectaría el prestigio de la cátedra universitaria argentina, y constituiría un acto de injusticia”.

A partir de aquel momento cayó sobre la egología y el nombre de Cossio una pesada conspiración de silencio. La egología no solo no se enseñaba, sino que tampoco se la mencionaba en la Universidad de Buenos Aires. Los “pequeños Pilato y los minúsculos Robespierre” hicieron muy bien esa labor.

Cossio tenía como punto de honra el haber sido perseguido por aquella dictadura. En todos sus libros publicados a partir de aquella exclusión, debajo de su nombre en la tapa, se consignaba “Privado de su cátedra por el Gobierno Militar de 1956”. Fui testigo de su conversación con su edi-

tor —Emilio Perrot— quien, al recibir los originales de la tercera edición de *El derecho en el derecho judicial*, le dijo: “Carlos, esa alusión a tu cesantía no hay que ponerla más, han pasado más de 10 años” y él, con una sonrisa, respondió: “Entonces prefiero que el libro no se publique”; y el libro se publicó en 1967 en la forma que Cossio quería.

Todos sus discípulos, salvo los que lo abandonaron, también habían sido cesanteados. La única excepción fue la del Dr. Cueto Rúa —mi profesor de Introducción al Derecho— quien siguió fiel al pensamiento egológico y tuvo el coraje de seguir enseñándolo en el marco de aquella exclusión. Cueto Rúa tenía “espaldas anchas” para poder mantenerse en su actitud porque era ministro de Industria y Comercio de ese mismo gobierno militar, por lo cual en los pasillos del poder en la Facultad de Derecho no podía ser acusado ni de peronista, ni de izquierda, ni ser echado. Lo cual no resta mérito a su actitud, la cual comprometió, desde entonces, mi agradecimiento.

La cátedra de Filosofía del Derecho de Cossio fue ocupada, entonces, por Ambrosio Gioja, quien había sido su profesor adjunto en la Universidad Nacional de La Plata. Gioja se empoderó de la enseñanza de la Filosofía del Derecho en la UBA hasta su muerte, manteniendo el silencio aludido y beneficiándose con aquella exclusión. Se impuso su nombre al Instituto de Investigaciones de la Facultad y, tiempo después, se incorporó como miembro pleno al Dr. José Vilanova. En una de las sesiones del Instituto de Investigaciones alguien propuso que se pusiera el nombre de “Carlos Cossio” a una de sus aulas, y Vilanova se opuso diciendo: “En un instituto que se llamara Carlos Cossio quizá podría ponerse el nombre de Gioja a una de sus aulas, pero ponerle Carlos Cossio a un aula del ‘Instituto Gioja’ no respeta las proporciones”.

Relato estas circunstancias porque yo viví durante años, con desconcierto y emoción, la curiosa anomalía de incorporarme a una muy importante actividad académica que debía realizarse fuera del ámbito de la UBA: se llevaba a cabo en la casa de Cossio de la calle Posadas, en bares cercanos a ella (“La Jirafa” y “Amiké”), en el Estudio de José Vilanova, en la Asociación de Abogados de Buenos Aires o en otras entidades que prestaban sus lugares para que esos excluidos pudieran reunirse.

UN INTENTO FALLIDO

Está documentado en este libro que hubo un fuerte intento de evitar que Kelsen fuera a la Argentina a participar en las actividades que generaron este memorable debate. Obviamente el encuentro prestigiaría internacionalmente a Cossio y, por ello, sus enemigos —enemigos también del debate y de la libertad de cátedra— se esforzaron por evitar que el maestro vieras viajara a la Argentina. No lo lograron. Entonces concentraron sus esfuerzos

en que el acontecimiento pasara desapercibido y tampoco lo lograron. Solo les restaba trabajar para que “se olvide pronto” en nuestro país, y eso sí sucedió.

Fue el profesor Oscar Sarlo quien tuvo la iniciativa de evocar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en Uruguay, el “aniversario olvidado” a los 50 años de su realización, al advertir “que en la Argentina nada se haría al respecto”. Nada se haría porque *nada debía hacerse*, a estar a los designios de la conspiración del silencio comentada. No hay, dentro de nuestra Facultad de Derecho, nada que mencione o recuerde a Cossio. No obstante, a su entrada, pero fuera de ella, desde el año 2011 el Paseo Municipal por el cual se accede a ella lleva su nombre y una plaza evoca su condición de excluido.

El evento en el Uruguay se realizó en 1999 y fue brillante en su nivel y desarrollo. No era la primera vez que la generosa y hermana tierra de los uruguayos hiciera lugar a argentinos que estaban excluidos en la suya. A ese evento le es aplicable esta referencia de Cossio, la cual viene al encuentro de lo que acabo de decir: “[M]i carrera universitaria, ya larga, aunque permanentemente obstaculizada sin reparar en medios, dentro del ámbito patrio, a la par que siempre alentada, en todas formas, en los círculos de Europa y América” ⁽²⁾.

EGOLOGÍA Y MARXISMO

La causa profunda de la persecución a Cossio y sus ideas radica en que era un hombre de izquierda, cosa que no le podía perdonar el mundo académico hegemónico por la derecha demoliberal y sectores clericales.

Emilio Corbière, abogado, dirigente, escritor y periodista socialista, lo señaló con estas palabras: “Carlos Cossio (1903-1987) fue un hombre de la Reforma Universitaria de 1918. Su compromiso con lo social, la república y la democracia —basada en el sufragio libre— fue permanente, inauditable. Los liberales burgueses, la derecha política, nunca le perdonaron su fidelidad a su independencia de criterio ya que nunca perteneció a un partido político determinado, pero defendió ardorosamente sus ideas y propuestas” ⁽³⁾.

Esa identidad “de izquierda” la declara el propio Cossio en una carta dirigida en 1972 al profesor Juan Ramón Capella, quien la publicó en la revista

(2) COSSIO, C., “Preámbulo y Dedicatoria”, en *La Teoría Ecológica del Derecho*. Su problema y sus problemas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 11.

(3) CORBIÈRE, E. J., “Carlos Cossio de la ‘Fenomenología’ de Husserl a Marx”, disponible en www.argenpress.info, fecha de publicación: 15/12/2003.

Doxa de la Universidad de Alicante, España, treinta años después ⁽⁴⁾. Por ser de izquierda, nada de lo que sucedía en la izquierda le era ajeno. Y por su vocación de diálogo también dialogó con jóvenes de la izquierda revolucionaria de su tiempo, como lo fuera Rodolfo Ortega Peña, a quien identifica por sus iniciales en la carta que le dirige y que figura como Apéndice en su libro aún inédito y silenciado, *Ideología y Derecho*. Ortega Peña fue abogado de presos políticos, cursando al mismo tiempo la carrera de Filosofía. Polemizó con Cossio sobre la teoría egológica y sus relaciones con el marxismo. Su inconclusa tesis doctoral en derecho llevaba por título: “La teoría egológica del derecho. Exposición crítica de sus supuestos ontológicos”. En los años setenta fue parte del Peronismo de Base, organización próxima a las Fuerzas Armadas Peronistas (FAP), la cual fue una de las varias organizaciones revolucionarias peronistas y nunca tuvo nada que ver con la Organización Montoneros. No se registra ningún dato que permita afirmar que Cossio haya tenido vínculos o diálogos con esta organización, aunque seguramente Cossio no lo hubiera eludido si alguno de sus miembros lo hubiese querido tener. En 1973 Ortega Peña sería diputado nacional por el frente político que hegemonizaba el peronismo. Fue asesinado en 1974.

La relación que Cossio desarrolló entre la egología y en marxismo radica en el tema de las ideologías, que en el mundo se reconoce como un aporte conceptual relevante del marxismo en el análisis del papel de “las ideas dominantes en una época” y su relación con los sectores dominantes en la sociedad.

Cossio coincidía en lo fundamental con la tesis marxista, aunque criticaba la versión del “marxismo ortodoxo” en aquello de que el marxismo sería “la ideología del proletariado” porque, sostenía, si la ideología es un fenómeno de “conciencia falsa”, no cabe incluir en esa categoría las descripciones marxistas sobre la sociedad y sus relaciones económicas. Y en este punto de vista podemos encontrar coincidencias con Lukacs y Gramsci, cosa que a nadie debería escandalizar.

Para Cossio hay una relación entre la justicia, como contenido concreto de algunas decisiones judiciales y la “verdad jurídica”; ambas cosas consisten en la realización de “la mejor posibilidad contenida en la situación”, y entre la injusticia, como “obstáculo social”, con el papel operacional de las ideologías.

El análisis de relación de las ideologías con las decisiones judiciales y las teorías jurídicas es tema del libro *Ideología y Derecho*, concluido en 1962, que, esperemos, sea alguna vez publicado, y del cual hoy circulan fotoco-

(4) COSSIO, C., “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 25, 2002, ps. 717-736.

pias del original que Cossio tipeó en su vieja máquina de escribir y que contiene correcciones a mano del autor.

Respecto de este libro Cossio, dijo en 1962: “Durante los últimos siete años me he dedicado a estudiar esta articulación entre la sociedad capitalista y la ciencia normativa del Derecho, con el objeto de saldar mi deuda respecto de aquella ‘gnoseología del error’ que tengo anunciada como preocupación teórica desde 1944. Mi tarea ha quedado cumplida con un libro *Ideología y Derecho*, de próxima aparición” ⁽⁵⁾. Esta fecunda aproximación a Marx, en los años en los cuales aún campeaba la Guerra Fría, sobresaltó a algunos de sus más destacados y leales discípulos, cuyo pensamiento político se ubicaba en el centro derecha, lo cual contribuyó, de diversas formas, a obstaculizar su publicación.

COLOFÓN

El evento en Montevideo que organizó el profesor Sarlo en 1999 y los eventos de Buenos Aires y La Habana de 2019, contribuyeron significativamente no solo al avance del conocimiento respecto de las relaciones entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica, sino también a que se verificara el vaticinio de Cossio cuando, respecto del debate suscitado con Kelsen, dijo: “Lamento profundamente que al profesor Kelsen le haya ocasionado tan tremendo disgusto ver aparecer en un libro su nombre al lado del mío. Pero sospecho que, como un maleficio, los va a ver juntos muchas veces más” ⁽⁶⁾.

Julio Raffo

Ciudad de Buenos Aires, julio de 2021

(5) COSSIO, C., “La Crítica de la Jurisprudencia Dogmática como crítica de nuestra época”, La Ley, tomo 108, 1962 p. 1088.

(6) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica. Respuesta al Profesor Hans Kelsen”. Ahora puede verse en KELSEN, H. y COSSIO, C., op. cit., p. 319.

PRESENTACIÓN

Al cumplirse setenta años de la recordada visita de Hans Kelsen a la Argentina y su resonado debate con Carlos Cossio, se realizaron en 2019 al menos tres importantes eventos académicos. El 15 de agosto tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires la jornada “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”, organizada por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho con el auspicio del Departamento de Filosofía del Derecho de esa Facultad y de la Embajada de Austria en Buenos Aires; el 19 de septiembre en la Universidad de Viena, con apoyo del Instituto Hans Kelsen y el Centro de Investigación Hans Kelsen y su círculo, Carlos Pettoruti dictó una conferencia titulada “Tiempos paralelos. Un abrazo entre Hans Kelsen y Carlos Cossio después de 70 años” (*Parallele Zeiten. Eine Umarmung zwischen Hans Kelsen und Carlos Cossio nach 70 Jahren*); y los días 7 y 8 de octubre se llevó a cabo el “Seminario Internacional de Filosofía del Derecho. El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después” en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, con el apoyo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y el auspicio de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

Este libro que dirigimos y compilamos bajo el título *Estudios sobre Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica del Derecho. 70º aniversario del debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio*, reúne veinticinco trabajos discutidos en aquellos eventos por una treintena de destacados profesores y destacadas profesoras de Argentina (Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Rosario y Universidad Austral), Austria (Universidad de Viena), Brasil (Universidad Federal de Bahía y Universidad Católica del Salvador), Cuba (Universidad de La Habana, Universidad de Pinar del Río, Universidad Central de Las Villas, Universidad de Granma; además de la Academia de Ciencias de Cuba, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera), México (Universidad Nacional Autónoma) y Uruguay (Universidad de la República).

Estos trabajos integran el capítulo primero “El debate Kelsen-Cossio: una aproximación histórica y retrospectiva”, con los aportes de Tulio Ortiz, Alfonso Santiago, Carlos Enrique Pettoruti, Oscar Sarlo, Diego Luna, Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez, Alejandro González Monzón, Vicente Julio Arranz Castellero, Julio Raffo, Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo

Héctor Méndez; y el capítulo segundo “Algunas dimensiones y proyecciones de las obras de Kelsen y Cossio”, con los trabajos de Thomas Olechowski (traducción de Diego Luna), Oscar Ucha, Michel E. Torres Corona, Fernando Almeyda Rodríguez, Sonia Zaldívar Marrón, Milene Hernández Traba, Gustavo M. Hernández Arteaga, Carlos J. Bruzón Viltres, Lianet B. Palacio Castillo, Giselle Jordán Fernández, Majela Ferrari Yaunner, Desiree Llaguno Cerezo, Elizabeth Valdés-Miranda Fernández, Ernesto Moreira Sardiñas, Alie Pérez Véliz, Ricardo Mauricio Freire Soares, Raissa Pimentel Silva (traducción de Juan Ferrari Rizzo), Lorena Siquot y Solange Marcela Carballes.

Nos complace poner a disposición del público interesado, además, una selección de textos que conforman el tercer capítulo de este libro: “Una antología para repensar las teorías pura y egológica del derecho”. Hemos decidido recuperar y agrupar trabajos de grandes juristas y filósofos del derecho que se han ocupado del debate entre Kelsen y Cossio, entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica del derecho, con diversidad de enfoques teóricos y marcos epistemológicos de cuyos desarrollos todavía queda mucho por meditar e incluso, aprovechar, por parte del pensamiento iusfilosófico actual. Algunos de los textos que integran este capítulo fueron publicados en castellano en revistas especializadas, más o menos accesibles, en diversas épocas y latitudes por autores también de variadas nacionalidades: Carlos Cossio (1948, Argentina), Alfonso Ibáñez de Aldecoa (1949, España), José Salvador Guandique (1951, El Salvador), Luis Legaz y Lacambra (1952, España), Werner Goldschmidt (1952, Alemania-Argentina), Fausto Rodríguez García (1953, México), Enrique Luño Peña (1955, España), Luis Martínez Roldán (1987, España; a quien agradecemos particularmente su generosidad), Julio Fernández Bulté (1997, Cuba). En otros casos, se trata de traducciones al castellano, como el texto de Hans Kelsen (1953, Austria; traducción de Luis Legaz y Lacambra, cuya autorización para incluirlo en este volumen agradecemos a la *Revista de Estudios Políticos* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid) y de Antônio Luís Machado Neto (1969, Brasil; traducción de Norma Fóscolo); como así también de traducciones realizadas especialmente para este volumen, como es el caso de los textos de Miguel Reale (1952, Brasil), Luis Cabral de Moncada (1952, Portugal), Barna Horváth (1954, Hungría), efectuadas por Diego Luna del portugués e inglés; y de Jerzy Wróblewski (1959, Polonia), realizada por Marta Płonka del polaco. Los trabajos de este capítulo se presentan ordenados por un criterio cronológico que consideramos adecuado para dar cuenta del permanente interés que el asunto despertó durante prácticamente toda la segunda mitad del siglo XX.

Cossio denominó a Kelsen “el jurista de la época contemporánea”; y Kelsen a Cossio, como “uno de los más eminentes representantes de la cultura latinoamericana”. A su vez, Cossio calificó a la teoría pura del derecho como “una doctrina tan magna (...) obra maestra de síntesis”, mientras Kelsen se-

ñaló a la teoría egológica del derecho como “la única y más representativa filosofía jurídica de América Latina”. Estas palabras nos interpelan y pensamos, entonces, que esta obra colectiva podría actualizar un debate teórico que tuvo como protagonistas a dos de los más importantes filósofos del derecho del siglo XX, abrigando la convicción de que la discusión de sus ideas jurídicas y filosóficas todavía tiene mucho para aportar al pensamiento jurídico del presente siglo XXI.

Finalmente, queremos agradecer fundamentalmente a los autores y las autoras de los trabajos que integran este volumen y especialmente a quienes contribuyeron a que los eventos de 2019 se concretasen con éxito: a Lucía Bellocchio, a la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, a su decana Marta Moreno Cruz y su vicedecano Yuri Pérez Martínez; al director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Martín Diego Farrell y su antecesor Enrique Zuleta Puceiro; a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y su entonces presidente, Juan Pablo Alonso; a la Unión Nacional de Juristas de Cuba, especialmente a su vicepresidenta Yamila González Ferrer; a la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo en la persona de su presidente Andry Matilla Correa; a la Embajada de Argentina en Cuba, especialmente al por entonces embajador Javier Esteban Figueroa; a la Embajada de Austria en Buenos Aires y su embajador Christoph Meran. Mención especial merece el maestro y amigo Julio Raffo, por la emotiva e inolvidable conferencia inaugural pronunciada en el Aula Magna de la Universidad de La Habana y por haber aceptado prologar este libro.

Por último, agradecemos a la Directora del Departamento de Publicaciones, Mary Beloff, por el apoyo incondicional brindado a esta obra desde el primer momento; libro que también dedicamos a la memoria de los profesores Tulio Ortiz y Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez, fallecidos recientemente.

Alejandro González Monzón (*)

Diego Luna (**)

(*) Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de La Habana.

(**) Profesor (i) de Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DEBATE KELSEN-COSSIO: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y RETROSPECTIVA

LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES EN 1949, AÑO DE LA VISITA DE HANS KELSEN

Por Tulio Ortiz^(*)

Al llegar Hans Kelsen ⁽¹⁾, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, donde iba a pronunciar sus conferencias ⁽²⁾, aún no estaba habilitada oficialmente, pero sus ámbitos abrigaban parte de la actividad académica ⁽³⁾. En

(*) Profesor emérito, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en la Jornada “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15/08/2019.

(1) Recuerda Oscar Sarlo: “La oportunidad se presentó concretamente en el año 1948, cuando Ambrosio L. Gioja viajó a EE.UU. y discutió con Kelsen la teoría del jurista argentino (la cual era siempre negada por el filósofo austriaco). El viaje se costó a tres puntas: fue auspiciado por la Facultad, por el Instituto de Filosofía de Derecho (dirigido por Cossio) y por el Colegio Público de Abogados de Buenos Aires Este hecho, sugiere Sarlo, muestra la gran tensión política que rodeó la visita, en momentos en que la Universidad estaba intervenida. Se planeó inicialmente un ciclo de cuatro conferencias: una en el Colegio de Abogados, otra en el Instituto de Filosofía del Derecho y dos en la Facultad. Luego se improvisaron charlas en La Prensa y en las ciudades de La Plata y Montevideo, donde lo recibió Eduardo Couture. Incluso, Kelsen aprovechó la oportunidad para viajar a Río de Janeiro. Su estadía en Buenos Aires se estima que fue del 2 de agosto al 25 de agosto. Al parecer, fue el viaje académico más largo en su vida” (Derecho al Día, año IV - edición 78, 10/11/2005).

(2) Comenta Estefanía Cuello: “De todas las visitas a nuestra Facultad en ese período, tal vez la más destacada haya sido la del Doctor Hans Kelsen, quien llegó al país el 2 de agosto invitado especialmente por esta Casa. (...) el Doctor Kelsen brindó cuatro extraordinarias conferencias, sucesivamente, los días 5, 10, 13 y 18 de agosto, en idioma francés, ante numeroso y calificado público. Al margen de las citadas conferencias, el Doctor Kelsen pronunció una Disertación acerca de Algunos Problemas del Derecho Internacional, en el instituto del mismo nombre el día 20 de agosto” (vid. CUELLO, Estefanía, “Puntos salientes de la gestión de Carlos María Lascano como Decano de la FDCE UBA durante el año 1949. Segunda parte”, en ORTIZ, Tulio, Hombres e ideas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2016).

(3) Como es sabido, la construcción del edificio y su actual emplazamiento es resultado de las gestiones del entonces ministro Jorge Coll, comenzadas en 1939 cuando las arduas gestiones de Coll obtienen la inclusión de un rubro específico en la ley 12.578, en virtud de la cual se dictó la ord. 10.607: “Art. 1º. Concédese a la Universidad Nacional de Buenos Aires, el terreno de propiedad municipal, compuesto de una superficie de catorce mil metros cuadrados en el lugar ubicado entre la Avenida Centenario y las vías del Ferrocarril Central Argentino, con frente a la Avenida Pueyrredón, en el eje de la misma, destinado a la construcción del nuevo edificio para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que autoriza el artículo 18 de la Ley de Presupuesto para 1939, número 12.578. En definitiva, la obra (de 40.000 km², cubiertos) fue inaugurada el 21 de septiembre de 1949. Vid. HUERTAS, Marta María Magdalena, “Actual Edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Diez años de historia (1939-1949)”, IUSHISTORIA 2007, <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1661>.

efecto, desde principios del año 1948, las clases se repartían entre la antigua sede de la Av. Las Heras y la de Figueroa Alcorta.

En abril de ese año, en una suerte de toma de posesión simbólica, un cortejo de profesores y autoridades que acompañaban al decano Carlos María Lascano habían marchado desde la sede de Las Heras hasta Figueroa Alcorta, visitando sus vastos espacios, deteniéndose en la sala de profesores, en Pasos Perdidos y otros ámbitos que hoy, a 70 años de distancia, siguen causando asombro ⁽⁴⁾. Luego, en el mes de junio, se produjo la colosal mudanza de la biblioteca ⁽⁵⁾. Desde marzo sesionaba en la nueva sede el Consejo Directivo.

Seguramente se habrán preguntado si la pileta y las instalaciones del complejo deportivo (con *stand* de tiro, ring de box y pedana de esgrima incluidos) correspondían a la misma unidad académica o bien eran parte de algún centro deportivo anexo (como todavía algunos visitantes suelen preguntar).

Lascano hacía las veces de guía turístico ⁽⁶⁾, contestando, como podía, las numerosas preguntas que le formulaban los atónitos profesores que abrieron aún más los ojos cuando se encontraron en el salón de actos y su gigantesco cuadro representando la fundación de la UBA y por consiguiente del Departamento de Jurisprudencia, pintado por González Moreno. Aquí Lascano hizo gala de su conocimiento directo, dado que él, como interventor, había presenciado la elaboración de la obra y el significado de cada detalle, a criterio del propio González Moreno; detalles que incluían colocar en la escena del 12 de agosto de 1821 no solo a los protagonistas obvios como Sáenz, Rivadavia, Martín Rodríguez, etc., sino al pueblo que concurrió (tal como hiciera David con la Coronación de Napoleón). Este detalle lo dejaba para el final, pues sabía que cada rostro del público de 1821 se correspondía

(4) ¿Cuánto costó la FDSC? Según Huertas —“Actual Edificio (...)”, op. cit.—, la ley presupuestaria de 1939 establecía: “Destínase hasta la suma de 6.000.000 de pesos moneda nacional, que se tomarán de los recursos creados por los artículos 5º y 6º de la ley número 6026, a la construcción de un nuevo edificio para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en el terreno fiscal que determine el Poder Ejecutivo”. Según dicha ley, de 1908, el P. Ejecutivo haría construir el policlínico “José de San Martín”, para la Facultad de Ciencias Médicas. Para ello creaba un impuesto del 5% sobre el valor de venta de la Lotería Nacional de Beneficencia. Por el art. 5º se aumentaba la cantidad que se jugaba, y por el 6º se destinaban los recursos del impuesto y el aumento establecido para hacer frente a los gastos que demandara la ejecución de la ley (cfr. “Anales de Legislación Argentina. Años 1889-1919”, La Ley, Buenos Aires, 1951, p. 755).

(5) Se informa en el Boletín que la mudanza se extendió desde el 4 de abril hasta el 14 de junio de ese año, lapso durante el cual se trasladaron 267.057 piezas bibliográficas, en virtud de la res. 18 de marzo de 1949, firmada por el decano Lascano. La mudanza fue efectuada con la colaboración de los 44 empleados, más 11 peones de mudanza. Se destaca la valiosa gestión del “Conservador de la Biblioteca señor Francisco Bazzana”, que había efectuado similar traslado en 1925 desde la sede de Moreno a la, por entonces, flamante de la Av. Las Heras. BFDCS, 10-11-12, julio/septiembre 1949, ps. 22 y ss. Vid. ORTIZ, T., “La FDSC en los años finales del primer peronismo”, en *Hombres e ideas...*, ob. cit.

(6) El decano Lascano fue quien creó las visitas guiadas, que hoy se siguen realizando, estando a cargo del investigador y docente Martín Testa.

con personas de su conocimiento, así señalaba cuál era él mismo, transportado a 1821, o quién era el niño que aparece tomado de la mano de su madre, en primer plano, etcétera.

Este itinerario sin duda le fue muy útil para que pocas semanas después fuera el perfecto *cicerone* para Kelsen y sus acompañantes, entre los cuales estaba la Comisión de Recepción encabezada, precisamente, por Carlos Cossio.

También le debe haber llamado la atención el imponente silencio (posiblemente se debe haber preguntado por tal sordina) ⁽⁷⁾.

En efecto, en aquellos días de la segunda posguerra y comienzos de la Guerra Fría aún estaba vigente la evocación de la difícil relación que había ocurrido entre el gobierno de facto, iniciado en 1943, y las universidades, especialmente la de Buenos Aires.

Es que luego de algunos meses de convivencia tensa y pacífica en noviembre de 1943, se había producido la primera intervención, producto de la relación de desconfianza que había entre los claustros y la Revolución de 4 de junio.

Tras una solicitud firmada por centenares de figuras de relieve social, cultural y académico de la época, la respuesta que encontró el régimen militar fue la de cesantear a los empleados públicos que la habían firmado, entre los cuales había varios profesores (medida que, al no querer ser aplicada por las autoridades universitarias trajo la Intervención, con las consecuentes primeras renunciadas —pocas— en solidaridad con los cesanteados).

A decir verdad, al margen de otro tipo de consideraciones, lo cierto es que ello abrió ya un abismo difícil de superar.

La intervención de noviembre de 1943 perduró hasta principios de 1945 y sus efectos en la FDCA no fueron espectaculares, pues tanto las actividades académicas como el plantel docente no sufrieron modificaciones.

A principios de ese año se restauró el régimen de autonomía y la Universidad pudo nombrar al rector Horacio Rivarola, quien ocuparía el cargo en los turbulentos meses que se sucedieron.

Esta restauración de la autonomía no obstó para que la Universidad, y en especial la FDCA, se convirtieran en enconado enemigo del régimen; lucha que se incrementaría a medida que llegaban las noticias que preanunciaban el pronto fin de la guerra y la derrota de las fuerzas del Eje, con el cual se identificaba al gobierno.

(7) La tradición oral de la FDCA (en la cual coinciden varios memoriosos) refiere que Hans Kelsen se alojó en la suite especial, situada en el 2º piso, dedicada a albergar a visitas distinguidas.

Tras la gigantesca marcha de la Constitución y la Libertad, en septiembre, se desata un clima proclive a acelerar el ritmo de la transición a un gobierno constitucional alineado con los Aliados.

La reacción del gobierno, ya en retroceso, fue intervenir nuevamente las universidades, llegándose a detener a varios rectores, acusados de golpistas, entre ellos a Rivarola, lo cual a su vez trajo una reacción aún mayor, con toma de edificios universitarios, entre ellos la antigua sede la de FDCS en la Av. Las Heras.

Finalmente, y por arte de magia, la intervención fue levantada, los prisioneros dejados en libertad y todo volvió a una suerte de normalidad, en donde —nuevamente— coexistían el régimen de facto con el gobierno autónomo universitario. Sin duda el efecto de los juicios de Núremberg había traído un proceso de reflexión, agudizado con el llamado a elecciones para el 24 de febrero de 1946.

La gran sorpresa, para los menos avisados, fue el triunfo del coronel Perón sobre la Unión Democrática, que significó un duro revés para los antiguos luchadores universitarios, que se prepararon para cosas peores que, presumían, provendrían del régimen constitucional instaurado.

En efecto, en abril de 1946, como tributo al nuevo gobierno constitucional, el gobierno de facto, en retirada, decretó la tercera intervención.

Mucho más prolija, sería el instrumento que serviría a las autoridades entrantes para solucionar el tema universitario, según el gobierno de facto.

La argumentación del dec.-ley 12.195/1946, del 30 de abril de 1946, está expresada en la exposición de motivos: en primer lugar, se recordaba que “la manda” establecida en 1943 al momento de intervenir por vez primera las universidades, en el sentido de modificar los estatutos, no había sido cumplida, transcurriendo el tiempo en vano. Luego argumentaba que, en diversos congresos científicos, que no cita, se había reconocido la existencia de un “problema universitario” y que había llegado el momento de solucionarlo. En tal sentido, se cita el libro *El problema universitario argentino* (que había sido escrito por Salvador Dana Montaña, aunque no se lo nombra). En él, su autor denomina “fraude universitario” al sistema institucional existente. Tal calificación es adoptada por el decreto interviniente. Más adelante recuerda que la Universidad de Buenos Aires ya había intervenido sus dos principales Facultades, ocasión en que la prensa había hablado de la grave situación existente (“crisis grave y profunda”, la denomina). Luego afirma que es necesaria una absoluta neutralidad política en las aulas universitarias para asegurar el “rigor científico”; en tal sentido recuerda que el año anterior (1945) las universidades dejaron de cumplir sus fines específicos. Más adelante se refiere a la necesidad de formar la “conciencia nacional” en el culto de la historia patria. Con respecto a la autonomía universitaria

considera que no importa un fuero especial, prohibido por la Constitución ya que la Universidad constituye un “organismo del Estado”, no debiendo permitirse —afirma más adelante— la existencia de “un Estado dentro de otro Estado”. Finalmente, aduce que en hora de grandes transformaciones nacionales e internacionales las universidades “deben ser reflejo de un reclamo de la conciencia nacional, aproximándose al pueblo” ⁽⁸⁾.

Tras la renuncia de las autoridades universitarias autónomas se hizo cargo el consabido interventor, quien dispuso poner en práctica la nueva filosofía que ahora encarnaba el régimen entrante.

Desde 1946 cumplió tal función en la FDCS el Dr. Carlos María Lascano, allegado a Evita, por medio de Nicolini, y perteneciente a un grupo de estudios que existía en la Facultad de Medicina ⁽⁹⁾, encabezado por el Dr. José Arce, y sus discípulos Taiana, Ivanissevich y Guardo, de los cuales surgirían los puntos básicos de la ley 13.031.

A fines de aquel año se produce la primera “purga” en la FDCS, con una cantidad significativa de renunciadas y cesantías de profesores rebelados contra la gestión del interventor Lascano, el mismo que recibirá a Kelsen tres años después.

Como vimos más arriba, cuantitativamente el impacto no fue importante, dado que, de unos 120 profesores, menos de 40 optaron por irse o fueron excluidos, o sea, alrededor de un 33%. A su vez, de aquel número solo lo hicieron por razones políticas unos once, aunque en definitiva los que renunciaron por el asunto de la fiscalización o bien por el manoseo en los concursos, en el fondo apuntaban al régimen imperante ⁽¹⁰⁾.

No obstante, este bajo porcentaje no le quita importancia cualitativa al asunto, toda vez que se trataba de figuras de alto prestigio académico y social en una Argentina en la que todavía estos valores daban relieve y brillo a personalidades vinculadas en general con los medios de la época y a círculos de influencia.

Nunca se había llegado a expulsar en forma directa o indirecta a tantos profesores prestigiosos ⁽¹¹⁾, la mayoría de los cuales no pertenecían a la,

(8) ORTIZ, T., “La Universidad de Buenos Aires en los tiempos del peronismo”, en *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: su legado histórico*, Departamento de Publicaciones, FD-UBA, 2013.

(9) Denominado “Centro Universitario Argentino”.

(10) Causales de las renunciadas: sobre un total de 35 renunciadas: causa fiscalización: 15; causa concursos: 3; causas políticas: 11; sin causa: 7; causa maltrato por palpación de armas: 1. Total: 37 causales por renuncia. A las cuales se suman: cesantía: 1, jubilación: 1. Total: 39.

(11) Para LUNA, E., “Perón y su tiempo. La Argentina era una fiesta”, 3 v., Sudamericana, Buenos Aires, 1986, p. 388, muchos eran “figurones desactualizados”, aunque la mayoría fueran “personalidades meritorias”, expresiones que no comparto y que se contradicen, por otro lado, con la posición del autor en aquellos años.

hasta ese momento, clase hegemónica. Pero lo peor de todo es que se había sentado un precedente ⁽¹²⁾.

Lascano, a partir de 1947, comenzó a aplicar la ley vigente y a convocar a los concursos de profesores, normalizando la FDCS, al menos desde el punto de vista administrativo.

Otros logros de Lascano fueron la estabilidad del coro, creado en la época del decano Matienzo, dándole un ámbito adecuado para su desenvolvimiento.

En efecto, si bien la fundación del Coro Universitario de la FDCS fue consolidada en la gestión de Lascano, al tener sede propia en el nuevo edificio inaugurado en 1949, su creación se remonta a 1945. Por nota del 17 de abril de ese año, unos 80 alumnos de la FDCS solicitaron al decano, Dr. Horacio Rivarola (cargo que ejerció por unas semanas, desde el 10 de marzo al 28 de mayo de 1945), la creación de un coro universitario. A lo cual Rivarola accedió, dando vista al Consejo Directivo. El 3 de mayo se firmó un dictamen favorable por parte de la Comisión de Reglamento del Consejo Directivo de la Facultad, subrayando que los peticionantes están impulsados por el profesor Martín Ruiz Moreno. El 15 de mayo de 1945 el Consejo Directivo aprobó la creación del coro, siendo esta, por consiguiente, la fecha exacta de su creación durante la gestión del decano Ramón Alsina, reemplazante de Rivarola quien, recordemos, había sido elegido rector de la Universidad en abril. Más tarde se encarga al mismo Ruiz Moreno que redacte un reglamento, lo cual el nombrado cumple el 22 de ese mes al acompañar nota con el reglamento para aprobación del ahora decano Ramón Alsina. Asimismo, propone al reconocido maestro Kurt Pahlen (1907-2003) como director del coro. Finalmente, por ord. 297/1945 queda constituido el coro, que desde ese momento tendrá como director al referido Pahlen, designado formalmente por res. del 5 de julio de 1945, ensayando en la sede (Av. Callao 1521) del Conservatorio Nacional (creado en 1924 por decreto presidencial firmado por dos egresados de la FDCS, los doctores Marcelo T. de Alvear y Antonio Sagarna). La nota, accediendo, está rubricada por Carlos López Buchardo (1881-1948), director del Conservatorio, que hoy lleva su nombre. Desde entonces hasta su traslado al nuevo edificio, el coro tendrá su sede en dicho ámbito, siendo de destacar que por resolución del mismo decano Alsina se conforma una comisión asesora integrada por el vicedecano De Tezanos Pintos, Ruiz Moreno, Santos Farré y Mario Rígoli como “asesor técnico”, según dice la resolución. Finalmente, el inquieto Ruiz Moreno, por nota del 11 de agosto de 1947, le propone al ahora interventor Carlos María Lascano

(12) ORTIZ, T., “La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en los tiempos del primer peronismo (1946-1955)”, en Nuevos aportes a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2014.

que el coro pase al nuevo edificio, considerando que el salón de actos sería el marco adecuado para sus actuaciones con una adaptación edilicia que incluiría, según la propuesta, hasta un gigantesco órgano. Cerramos la reseña recordando que el día de la inauguración oficial del actual edificio, esto es, el 21 de septiembre de 1949, el coro actúa ocupando el hermoso balcón del primer piso (*vid.* Libro de Ordenanzas, Resoluciones y Decretos de la FDCS.1947.150 A 219, en Archivo y Museo Histórico de la FD).

La creación del Teatro Universitario dirigido por una figura reconocida como la de Antonio Cunill Cabanellas ⁽¹³⁾.

Los famosos conciertos de los días jueves a la noche por LRA Radio del Estado ⁽¹⁴⁾ y las conferencias radiales al exterior, por LRI Radio el Mundo, que inaugurara el propio Lascano.

Subrayemos que todos los intentos estudiantiles contra la tercera intervención y la purga de 1946 encontraron un ambiente entre hostil e indiferente, que hizo que, finalmente, para 1947 todo tipo de resistencia se considerara inútil, cayendo la FDCS en una apatía que solo comenzaría a despertar varios años después en forma aislada y aceleradamente a partir de octubre de 1954.

Se dictaban las clases, se expedían los diplomas, la rutina administrativa, de una dependencia más del Ministerio de Educación, claramente contrastaba con los años anteriores que, a esa altura, parecían remotísimos.

Las tareas docentes en todos estos años nunca se interrumpieron por huelgas de estudiantes y el contraste con los años agitados anteriores era notable. Las clases se dictaron con normalidad y los exámenes se rendían de la misma manera. O sea, quien concurriera un día cualquiera podría afirmar que fueron años tranquilos, interferidos por algún pequeño episodio muy esporádico. El Consejo Directivo se reunía periódicamente, las resoluciones del decano se sucedían, los empleados cobraban sus sueldos. Incluso se iban graduando muchos de los resistentes de los años 1943-1945. Hasta había tiempo para concluir los doctorados y rendir las tesis. Veamos los datos emitidos por la propia Universidad con respecto a las tesis doctorales en el lapso 1946-1956.

(13) Acta del CD nro. 10, del 30/05/1949, p. 115, en donde se informa sobre la creación del Teatro Universitario (*vid.* Actas de la FDCS 1948-1952, Museo y Archivo Histórico de la FD). Hay que destacar que su primer director fue Antonio Cunill Cabanellas y que entre los alumnos de entonces se encontraban Duilio Bruno Perruccio la Stella (Duilio Marzio) y José Antonio Soriano (Pepe Soriano).

(14) En uno de estos conciertos, en el año 1951, debutaría el niño Daniel Barenboim.

Si consideramos las tesis doctorales aprobadas entre 1946 y 1956 ⁽¹⁵⁾, vemos que no solo son relativamente numerosas, sino que en ellas brillan nombres de importante trayectoria posterior:

- 1946 (18) ⁽¹⁶⁾: Jorge Tristán Bosch, José M. Caramés Ferro, Juan José Etala, Rodolfo Fontanarrosa, Jorge Oría, Hipólito Jesús Paz, Juan Pichón Riviere, Horacio Storni, José M. Torres, Ricardo Williams, Pablo Zaballa.

- 1947 (14): Norberto Bacqué, Etiel Ballester, Blanca Cassagne Serrés, Ruth Tiscornia.

- 1948 (11): Waldemar Arecha, José M. Marilúz Urquijo, Rodolfo Pessagno, Roberto Riba, Héctor Sáenz y Quesada, Federico Videla Escalada.

- 1949 (18): Mario Aguilar, Ignacio B. Anzoátegui, Norberto Gowland, Eduardo Laje, Francisco Laplaza, Armando Machera, Salvador Perrota, Luis M. Sanz, Luis Sisco ⁽¹⁷⁾.

Hacia 1949, el gobierno justicialista estaba en su mejor momento económico y social, con una legitimación prácticamente no cuestionada y que se había acentuado con las elecciones parciales de 1948 y las de Constituyentes en ese mismo año.

En los primeros meses de 1949 sesionó la Asamblea Constituyente, que aprobaría la Constitución de aquel año, la cual, poco después, fue jurada por los profesores y autoridades de la FDCA.

Por otra parte, el comienzo de la Guerra Fría, con el indudable alineamiento anticomunista del peronismo, hacía que poco a poco las relaciones con Estados Unidos se fueran normalizando.

En resumen, la FDCA que conoció Kelsen parecía un silencioso santuario del saber, dispuesto a escuchar sus lecciones, ajeno a todas las turbulencias del pasado y a las que aparecerían más adelante.

(15) Universidad de Buenos Aires, Tesis presentadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1929-1960, 1979.

(16) Los números entre paréntesis señalan la cantidad total de tesis aprobadas en ese año. Los nombres citados han sido escogidos a título de brillantes referentes.

(17) ORTIZ, T., "La FDCA en los años finales (...)", op. cit.



Pasos Perdidos en construcción ⁽¹⁸⁾

(18) Foto cortesía de la Sra. Clara Chiappori. Esta foto integra la presentación en formato PPP titulada: "El edificio actual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", slide nro. 9, 2010, de Luciana B. Scotti.

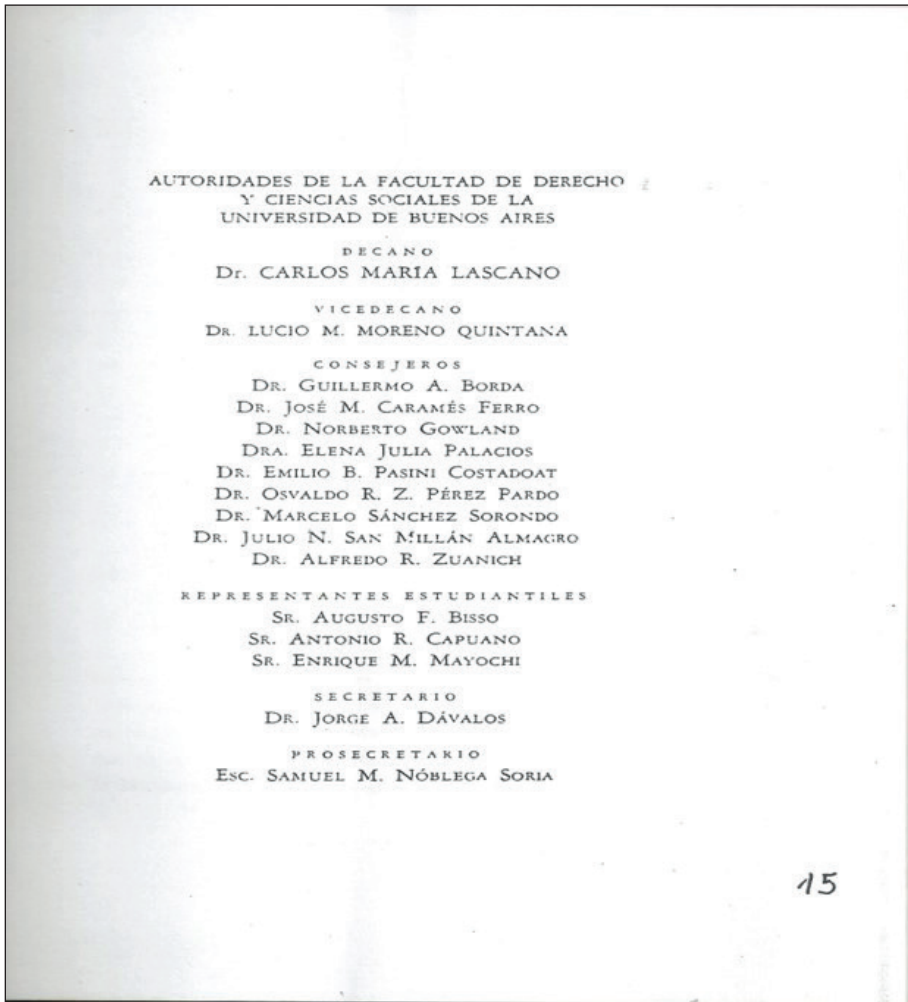


Foto en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1949



Recorrido preinauguración ⁽¹⁹⁾



Hans Kelsen arribando al Río de la Plata ⁽²⁰⁾

(19) Foto AGN, cortesía de la docente e investigadora Estefanía Cuello. Atrás de Perón se ve a Carlos María Lascano, a su izquierda a Oscar Ivanissevich y a Ricardo Guardo. Supongo que quien está a su derecha es el arquitecto Pablo Chiappori.

(20) Imagen cortesía del Dr. Oscar Sarlo.



Kelsen y la Comisión Directiva del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social ⁽²¹⁾

(21) Foto cortesía del Dr. Eduardo Méndez.

CARLOS COSSIO, UN ORIGINAL JURISTA ARGENTINO Y LATINOAMERICANO

Por Alfonso Santiago (*)

I. PRESENTACIÓN

Estoy sumamente contento y honrado de participar en estas jornadas organizadas por la Universidad de La Habana, en que pasaremos revista al relevante debate iusfilosófico celebrado entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en 1949, hace ahora 70 años.

“Esta es la tierra más hermosa que ojos humanos hayan visto”, cuentan que dijo Colón nada más llegar a esta isla de Cuba. Me sumo a esa expresión de admiración colombina, pero no tan solo por las bellezas geográficas de esta nación, sino fundamentalmente por la amistad, la alegría y la fortaleza de su gente. Estoy muy contento de estar en la tierra de Félix Varela, Carlos Manuel de Céspedes y José Martí.

Me inicié en los estudios del derecho de la mano de Carlos Cossio, ya que cursé la materia Introducción al Derecho en la Universidad de Buenos Aires, con los profesores Julio Cueto Rúa y Dante Cracogna ⁽¹⁾, quienes me introdujeron en el pensamiento de ese gran jurista argentino que hoy estamos recordando.

En mi exposición brindaré algunos datos biográficos de Carlos Cossio, examinaré algunos aspectos del debate Kelsen-Cossio y luego profundizaré en algunos contrapuntos entre estas dos grandes figuras de la filosofía del

(*) Profesor de Derecho Constitucional y director de la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral; miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) Agradezco especialmente al Dr. Dante Cracogna, no solo esas enseñanzas iniciales, sino el material que me brindó para preparar esta exposición, en particular, su obra “Cossio y la teoría egológica del Derecho”, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2006.

derecho del siglo XX, en relación con tres temas centrales de la filosofía del derecho: la ontología jurídica, la axiología jurídica y la interpretación jurídica.

II. EL PERFIL BIOGRÁFICO DE CARLOS COSSIO

Carlos Cossio nace en San Miguel de Tucumán, en 1903, y muere en Buenos Aires en 1987. Es, por tanto, un argentino y latinoamericano del siglo XX.

Es un destacado y original jurista argentino, con una clara proyección regional e internacional. Es el creador de la escuela egológica, con varios seguidores destacados en la Argentina y en otros países, como son los profesores Ambrosio Gioja, Julio Cueto Rúa, Juan Francisco Linares, Enrique Aftalión, Esteban Imaz y José Vilanova, dando así origen a lo que el propio Cossio denominaba Escuela Jurídica Argentina.

Afirma el profesor colombiano Luis Villar Borda: "Carlos Cossio es considerado el más representativo de los filósofos del derecho argentino y uno de los más destacados de la América Latina, junto con sus compatriotas Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón, con el mexicano Eduardo García Máynez, el hispano-mexicano Luis Recaséns Siches, el brasileño Miguel Reale, el cubano Antonio Sánchez de Bustamante, el uruguayo Juan Llambías de Azevedo y los colombianos Luis Nieto Arteta, Rafael Carrillo y Cayetano Betancur" ⁽²⁾. En el mismo sentido, sostuvo Josef Kunz: "Es ciertamente grande el número de figuras jurídicas producidas en la Argentina; pero, entre todas ellas, el pensador más destacado y original es Carlos Cossio". Por su parte, el filósofo del derecho español Manuel Atienza reconocía que "Carlos Cossio ha sido el iusfilósofo de mayor influencia en la Argentina, pero con un peso también innegable en el ámbito internacional, especialmente en el mundo latinoamericano" ⁽³⁾.

Fue un gran profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata y luego en la Universidad de Buenos Aires. Sostenía, en este sentido, Genaro Carrió: "No recuerdo haber tenido un profesor más brillante. Sus clases eran un prodigio de claridad y elegancia" ⁽⁴⁾.

Se doctoró en la Universidad de Buenos Aires y desde 1948 fue profesor titular de Filosofía del Derecho en esa Universidad, de la que sería expulsado en 1956 al producirse la Revolución Libertadora que derrocó a Perón en

(2) Cfr. CRACOGNA, D., "Cossio y la teoría (...)", op. cit., p. 11.

(3) ATIENZA, M., "La filosofía del derecho argentina actual", Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 31.

(4) CARRIÓ, G., "Recordando a Carlos Cossio", en Doctor Carlos Cossio. Homenaje de la Universidad de Tucumán, Tucumán, 1989.

septiembre de 1955. Tuvo un breve retorno a las aulas de esta Universidad en los años 1974 y 75, dictando cursos de doctorado.

Su producción bibliográfica principal se sitúa entre 1940 y 1960, siendo tal vez su obra más madura la segunda edición de *La teoría egológica* y el concepto jurídico de libertad, publicada en 1964.

Dante Cracogna distingue cuatro etapas en la producción académica de Carlos Cossio ⁽⁵⁾:

a. La inicial, que se extiende hasta 1939. Es la etapa de las obras juveniles, con clara adhesión a las teorías kelsenianas, con obras como *El concepto puro de revolución*.

b. Elaboración, que concluye en 1944 con la publicación de la primera edición de *La teoría egológica del derecho*.

c. Madurez, que se extiende hasta 1964, en que se publica la segunda edición de *La teoría egológica del derecho*, su obra cumbre.

d. Final, que acaba con su muerte en 1987.

Era un jurista muy original en su pensamiento, brillante en la exposición, seguro y algo creído de sí, sin problemas de autoestima, y con una profunda y marcada vocación científica y universitaria.

III. EL DEBATE KELSEN-COSSIO

Quisiera comenzar por dar algunos datos del contexto histórico en el que el debate tiene lugar en 1949. En la Argentina se había producido la llegada al gobierno de Juan Domingo Perón en 1946 y en 1949 se inauguró el nuevo y majestuoso edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde tuvo lugar principalmente la actividad llevada a cabo por Hans Kelsen en su visita a Buenos Aires.

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, había un fuerte cuestionamiento y debilitamiento de las teorías normativistas y formalistas del derecho propuestas por Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*. El juicio de Núremberg de 1947, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y la nueva Constitución alemana de 1949, con la consagración de la dignidad humana como principio necesario y fundante del nuevo orden jurídico, habían producido una fuerte rematerialización del derecho frente a los planteos meramente formalistas de la teoría pura.

(5) Cfr. CRACOGNA, D., "Cossio y la teoría (...)", op. cit., ps. 27 y ss.

Otra aclaración que corresponde hacer es que más que un debate formal en un lugar determinado, lo que existió fue un contrapunto entre las tesis de un consagrado jurista de fama mundial, Hans Kelsen, y un joven y original jurista argentino, con motivo de la visita del maestro vienés a Buenos Aires en 1949. Kelsen expuso sus tesis en varias conferencias que dictó, y Cossio las suyas en algunas intervenciones y en los posteriores diálogos y conversaciones que mantuvieron entre ellos en esos días.

Cossio consideraba a Kelsen su maestro y lo llamaba “el jurista de la época contemporánea”. Fue uno de los que introdujo su pensamiento en la Argentina y en América Latina a partir de fines de la década del 30. Considera que “Kelsen irradia en el pensamiento jurídico contemporáneo con la fuerza de un meridiano magnético, en forma que acaso no se registre una situación equivalente en toda la historia de las ideas jurídicas” ⁽⁶⁾.

Por su parte, Kelsen sostuvo que “Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda compartirlas” ⁽⁷⁾. También citará a Cossio, aunque para criticarlo, en su obra *Teoría General de las normas*. Cabe señalar que solo dos juristas latinoamericanos son citados en esa obra. Son ellos Cossio y García Máynez ⁽⁸⁾.

Como puede verse, la relación intelectual entre ambos juristas es de mutua estima, aunque con algunas marcadas diferencias conceptuales. También podemos señalar que es mayor la admiración de Cossio hacia Kelsen que de este último hacia el jurista argentino.

Pienso que el punto central de la controversia entre ambos juristas puede mostrarse a través de una imagen propuesta en el debate por Carlos Cossio. Sostenía el jurista argentino que Colón, al descubrir América, pensó equivocadamente que había llegado a las Indias. Realizó un gran aporte, nada menos que el descubrimiento de un nuevo continente, pero, en algún sentido, se quedó a mitad de camino, no llegó al destino final que pretendía alcanzar. Algo parecido pasó con la obra de Hans Kelsen. Quería construir una auténtica ciencia del derecho y para ello desarrolló su teoría pura del derecho centrada en la estructura lógico-formal de las normas. Hizo un gran aporte para la lógica jurídica, pero no alcanzó el objeto propio de las normas y de la ciencia del derecho: la conducta intersubjetiva. Kelsen pensaba que había llegado al objeto final de la ciencia jurídica, pero se quedó, como Colón, a mitad de camino. La ciencia jurídica está llamando a su

(6) Cfr. COSSIO, C., “Prólogo”, en *Teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 7.

(7) Cfr. KUNZ, J., “La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX”, Losada, Buenos Aires, 1951, p. 226.

(8) Cfr. KELSEN, H., “Teoría de las normas”, Trillas, México, 1994, p. 283.

destino final, que es la conducta humana en interferencia intersubjetiva y esto es precisamente el descubrimiento y aporte que pretende hacer Cossio a través de su teoría egológica del derecho: llegar de ese modo a las Indias y no simplemente descubrir América.

Por eso Cossio afirmaba que “pretendía superar a Kelsen, sin abandonar su doctrina” y “hacer kelseniano al propio Kelsen” ⁽⁹⁾. Para el jurista argentino, la teoría pura era solo lógica formal jurídica, pero no ciencia jurídica. El objeto de ella es la conducta humana, realidad última hacia la que las propias normas están orientadas.

Al exponer su opinión frente al maestro vienés, el joven jurista argentino utilizará en ocasiones un tono polémico, provocador, casi irreverente, propio de un joven que desafía intelectualmente a su maestro.

Cossio publicará, sin la debida autorización previa de Kelsen, la traducción de las conferencias de Kelsen y el contenido de los contrapuntos académicos mantenidos entre ellos, lo que provocará el reclamo del jurista checo y el posterior retiro de circulación del libro.

Personalmente considero que asiste mayor razón a Cossio que a Kelsen en el punto central del debate sobre el objeto último de la ciencia jurídica. Este está mejor formulado si se lo sitúa finalmente en la conducta humana en su dimensión final, a cuya regulación tienden las normas y sin la cual carecerían de sentido.

IV. ONTOLOGÍA JURÍDICA

Expresadas algunas referencias biográficas de Carlos Cossio y sobre el debate mantenido con Hans Kelsen en 1949, intentaré a partir de este momento profundizar en algunos temas de la teoría egológica creada por Carlos Cossio, comenzando por la ontología jurídica, es decir, la pregunta radical por el ser del derecho.

Como hemos visto, para Cossio el objeto de la ciencia jurídica no son las normas, sino la conducta conocida y valorada a través de las normas. Afirma, en este sentido, el propio Cossio: “la teoría egológica ha surgido ante la evidencia de que las ciencias jurídicas de la dogmática fallan en su intento de captar conceptualmente su pleno y propio objeto, lastradas, en su formación histórica, por vicios gnoseológicos y errores metodológicos” ⁽¹⁰⁾.

(9) “El problema ha consistido para mí, desde 1941, en autenticar a la teoría pura; es decir en darle su correcto sentido (...) y en hacer kelseniano a Kelsen allí donde hubiera sido infiel a sí mismo”. “La teoría egológica del derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, 2a edición, p. 359.

(10) COSSIO, C., “La teoría egológica (...)”, op. cit., p. 273.

Para comprender la ontología jurídica propuesta por la teoría egológica es necesario rastrear en sus fuentes filosóficas. De modo mediato, estarán presentes las ideas filosóficas de Kant, Husserl y Heidegger, pero de modo más inmediato las de Dilthey y Husserl. De Dilthey, Cossio tomará la distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu, mientras que de Husserl, la teoría de las ontologías regionales.

Husserl clasifica los objetos que pueden ser conocidos por el entendimiento humano en: ideales (por ejemplo, un número), naturales (por ejemplo, una planta o un animal), culturales (por ejemplo, un libro, un cuadro) y metafísicos (por ejemplo, Dios). Cada una de esas clases de objetos tiene características propias que se proyectan en las ciencias que las estudian. Los objetos ideales son irreales, no están en la experiencia y son neutros al valor. Los naturales son reales, experimentables, pero neutros al valor. Los culturales son reales, experimentables y susceptibles de valoración. Los metafísicos son reales, no experimentables y susceptibles al valor.

Así, a diferencia de los objetos naturales, los culturales no son neutros al valor y se comprenden desde su sentido y no tan solo se explican causalmente como los primeros.

Cossio introducirá una distinción propia dentro de los objetos culturales. En ellos se puede distinguir la propia conducta humana (objeto cultural egológico) y lo que es producto de esa conducta humana (objeto cultural mundanal, por ejemplo, el cuadro, un libro, un edificio, etcétera).

Sobre la base de ello, Cossio considerará que el derecho es un objeto cultural egológico: la conducta en interferencia intersubjetiva normada con criterio de valor. Habrá, por tanto, tres elementos básicos constitutivos del fenómeno jurídico: la conducta humana en su dimensión social, las normas jurídicas y los valores jurídicos.

Por ello Cossio “critica el análisis que realiza Savigny siguiendo a Kant, quien señala la existencia de un elemento material y contingente (la conducta) y un elemento formal y necesario (la norma). Cossio considera que la experiencia jurídica se integra con un tercer elemento que es material y, sin embargo, necesario: la valoración jurídica. Este elemento no puede faltar, pero es variable, a tono con la naturaleza del derecho como objeto cultural” ⁽¹¹⁾.

Toda conducta humana tiene un sustrato natural y un sentido espiritual, por ello, su comprensión requiere de un método empírico dialéctico: comprobar el dato de experiencia y captar el sentido.

(11) CRACOGNA, D., “Cossio y la teoría (...)”; op. cit., p. 154.

Siguiendo el pensamiento de Giorgio del Vecchio, Cossio distinguirá entre la conducta humana como objeto de la ciencia moral, de la conducta humana objeto de la ciencia jurídica, sobre la base del carácter intersubjetivo de la segunda. Así, señala que “el objeto moral está en las acciones subjetivamente interferidas y el objeto jurídico está en las acciones intersubjetivamente interferidas. No hay, pues entre moral y derecho subordinación de género a especie, sino que ambas están a la par con igual rango e igualmente originarias, dentro del campo ético”⁽¹²⁾. El derecho siempre tendrá, a diferencia de la moral, un carácter bilateral. De este modo, el jurista tucumano concibe la relación entre moral y derecho, auténtico Cabo de Hornos de toda filosofía del derecho.

En definitiva, para la teoría del derecho, el objeto de la ciencia jurídica será las conductas humanas intersubjetivas, que han de ser analizadas y comprendidas a la luz de las normas jurídicas por las que se rigen y por los valores que influyen y determinan tanto a las normas como a las conductas a las que ellas se refieren.

Como consecuencia de su objeto cultural egológico, la ciencia del derecho puede ser considerada como ciencia empírica de las realidades culturales que pretende comprender en su sentido.

Sobre el aporte de la egología al considerar el derecho como objeto cultural, sostiene Julio Cueto Rúa: “Cossio busca nuevos fundamentos para la ciencia del derecho, una ciencia empírica, una ciencia de realidades. Pero la realidad del derecho es percibida desde una perspectiva distinta de la empleada por la sociología o de la utilizada por la psicología. Es la realidad cultural de personas cuya constante interacción permite calificar cada acto como ejercicio de una facultad, cumplimiento de un deber, violación de una obligación o padecimiento de una sanción. El conocimiento jurídico es un conocimiento de una realidad valiosa, la de los actos preferidos. Por lo tanto, la ciencia del derecho no es una ciencia ciega o ajena a los valores jurídicos. Cossio aparece así, sorprendentemente, acortando distancias con modernas concepciones del derecho natural”⁽¹³⁾. Este mismo autor, comparando la egología con el realismo norteamericano y el escandinavo, señalará que “el empirismo norteamericano gira hacia la sociología del derecho con negación del elemento normativo. El empirismo escandinavo tiende a identificarse con la psicología y la norma jurídica es vista como un factor determinante del comportamiento más que concepto o proposición”⁽¹⁴⁾.

(12) *ibíd.*, p. 49.

(13) CUETO RÚA, J., “Carlos Cossio: el derecho como experiencia,” *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nro. 7, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 134.

(14) *ibíd.*

V. LÓGICA JURÍDICA

En lo que hace a este aspecto de la filosofía del derecho, Cossio reconocerá e incorporará los grandes aportes de Kelsen a la lógica jurídica, pero también intentará completarlos.

Ambos autores comparten la distinción entre lógica de la causalidad natural y lógica de la normatividad, entre lógica del ser y del deber ser.

La norma jurídica, dado su carácter normativo, no descriptivo, utiliza la lógica hipotética del deber ser: “si A, entonces debe ser B”. Específicamente, para Kelsen la estructura de la norma jurídica puede reducirse aún a la siguiente estructura: “si no P (prestación debida), debe ser S (sanción)”.

Cossio pretenderá completar esta estructura lógica de la norma propuesta por Kelsen y centrada fundamentalmente en la sanción, por una estructura dual que distingue entre endonorma y perinorma. De este modo, la norma se centra más en la regulación de la conducta que en la sanción del ilícito.

La estructura lógica de la norma propuesta por Cossio es la siguiente: “Dado H debe ser P por Ao frente a At; o Dado noP debe ser S por Fo frente a pC”. Al descifrarse esa fórmula ella queda expresada así: Dado un hecho temporal, debe ser una prestación por Alguien obligado frente a Alguien titular del derecho (endonorma); o, Dado el entuerto o ilícito (noP), debe ser la sanción por un funcionario obligado frente a la pretensión de la Comunidad (perinorma).

De esta manera, la norma jurídica, integrada simultáneamente por la endonorma y la perinorma, se hace cargo, describe y regula de modo completo el objeto del derecho que es la conducta jurídica, es decir, la conducta humana libre en interferencia intersubjetiva normada con criterio de valor.

La norma jurídica pertenecerá a la lógica del deber ser y tendrá una estructura disyuntiva, compuesta por endonorma y perinorma, unida por la preposición alternativa “o”.

Sobre la base de esta estructura lógica de la norma, Cossio extraerá lo que él considera los diez conceptos jurídicos fundamentales.

VI. AXIOLOGÍA JURÍDICA

Una clara diferencia entre las teorías de Kelsen y Cossio se verifica también en la axiología o teoría de los valores. Para Kelsen, los valores no forman parte del mundo jurídico, ni son objeto de la ciencia del derecho. En cambio, para Carlos Cossio, los valores, junto a las normas y las conductas, constituyen un aspecto fundamental de la realidad jurídica.

En la formulación de la axiología jurídica egológica se advierte la influencia de Max Scheler sobre Cossio. El filósofo alemán desarrolla la axiología analizando la realidad de los valores, que son siempre algo que nos moviliza y nos saca de nuestra indiferencia. Son realidades que tienen fuerza y energía por sí mismas, de allí la raíz etimológica griega de la axiología, cuyo origen es también compartido por el término “axioma”, punto de partida que se funda en sí mismo.

Cossio expondrá y desarrollará su reflexión sobre la axiología jurídica en *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, publicada en 1964.

El jurista tucumano postulará que la justicia no solo es uno de los valores jurídicos, sino que cabe reconocer varios de ellos, que en su conjunto conforman el plexo axiológico, integrado por tres pares de valores (orden-seguridad, poder-paz, cooperación-solidaridad), armonizados finalmente por el valor jurídico estelar, que sí es la justicia.

Esos tres pares de valores guardan relación con las distintas dimensiones del hombre como ser biográfico: como ser en el mundo, como ser único y ser con otros.

El binomio orden-seguridad hace referencia a la dimensión de coexistencia en el mundo y busca asegurar la previsibilidad de las conductas y la disminución de los riesgos.

El par poder-paz busca garantizar la eficacia de la autoridad y la convivencia armónica con el otro.

Por su parte, los valores de cooperación y solidaridad se orientan a facilitar la coordinación y la búsqueda de proyectos comunes.

En su concepción de la justicia como valor síntesis que armoniza finalmente las exigencias propias de cada uno de los valores, se advierte la influencia platónica y de la racionalidad aristotélica. La justicia es como la luz que, cuando atraviesa un prisma, se descompone en los seis colores antes mencionados.

VII. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Otro gran legado de la teoría egológica es su concepción acerca de la interpretación jurídica. Cossio comienza a plantearla en el año 1940 cuando publica su obra *El substrato filosófico de los métodos interpretativos y El derecho en el derecho judicial* (1945).

Cossio remarcará la importancia y centralidad de la sentencia en el mundo jurídico: “la ley reina, pero la jurisprudencia gobierna” ⁽¹⁵⁾. Los jueces son auténticos creadores y no meros aplicadores del derecho, al crear la norma singular o sentencia elaborada sobre la base de las normas generales. Siguiendo la imagen propuesta por Jerome Frank, Cossio compara la ley con la partitura y la sentencia con su interpretación.

Para el jurista tucumano, la interpretación jurídica consiste fundamentalmente en la captación del sentido de la conducta, que es juzgada y valorada a la luz de las normas jurídicas. Ese objeto cultural que es la conducta humana, es comprendido a través de la captación de su sentido jurídico. Esa comprensión de la conducta no es libre ni arbitraria, como podría ser la interpretación de una obra artística, sino que es conceptual y reglada, ya que está guiada por los conceptos y valores presentes en las normas jurídicas generales vigentes en la comunidad. Por lo tanto, el objeto de la interpretación es la conducta y no la ley: se interpreta la conducta por medio de la ley.

El intérprete fundará la objetividad de su interpretación a través del sistema de fuentes del derecho. De ese modo, a través de la intersubjetividad propia del sistema de fuentes, el intérprete pasa de su subjetividad personal a la objetividad que debe estar presente en su decisión. Será su discípulo Julio Cueto Rúa quien profundice en esta idea en su interesante obra sobre las fuentes del derecho.

VIII. PALABRAS FINALES

Como hemos podido comprobar a lo largo de la exposición, estamos en presencia de un iusfilósofo original, creativo, provocador, sin problemas de autoestima, como buen argentino, que tiende puentes y formula síntesis entre la filosofía general y la filosofía del derecho, que se anima a criticar y polemizar con su maestro y uno de los grandes juristas del siglo XX como fue Hans Kelsen.

Sus aportes a la filosofía argentina, latinoamericana y mundial lo hacen merecedor de este recuerdo, cuando se cumplen 70 años de su debate académico con el destacado jurista austríaco en Buenos Aires. Celebro una vez más esta brillante iniciativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana de haber realizado esta jornada y agradezco profundamente la invitación que me hiciera para participar en este homenaje al iusfilósofo que guio mis primeros pasos en el estudio de la teoría del derecho.

(15) “La sentencia judicial tiene títulos para ser considerada el fenómeno jurídico por antonomasia”, COSSIO, C., “La teoría egológica (...)”, op. cit., p. 49.

Dice la canción de Luis María Aguilera: “cuando salí de Cuba dejé enterrado mi corazón”. Algo así también podría expresar yo al concluir mi primera estancia en esta querida tierra caribeña.

VIDAS PARALELAS. UN ABRAZO ENTRE KELSEN Y COSSIO LUEGO DE 70 AÑOS, BUENOS AIRES, 15 DE AGOSTO DE 2019

Por Carlos Enrique Pettoruti ()*

Estoy convencido de que el título de un escrito, de una conferencia, de una noticia periodística, de un libro, de una obra literaria, constituye un verdadero desafío: es la síntesis de un propósito, y es de gran utilidad para enfocar, interpretar, “comprender” (en el sentido más egológico de la palabra) los objetivos de su autor.

Cuando fui distinguido por los profesores Raffo y Luna para participar en este destacado panel, lo primero que atiné a pensar es: ¿qué voy a transmitir? Me hallo temporalmente lejos del histórico encuentro entre Carlos Cossio y Hans Kelsen, por lo que mal puedo ser un relator del histórico suceso. Prácticamente todos los detalles teóricos, políticos y anecdóticos del debate ya han sido abordados.

Entonces opté por cambiar el eje de mi reflexión: dejé de ver el debate como una oposición, y empecé a preguntarme si no era tiempo de abandonar la postura de “toma de posición” por uno u otro autor y, en cambio, plantearlo desde la perspectiva de un “metadebate” o tal vez “postdebate”, aunque creo que ninguna de las dos palabras me sirve para expresar que a lo que realmente pretendo referirme es a la teoría egológica y a la teoría pura, más allá de lo enriquecedor que cada uno de sus autores argumentó en el ámbito de esta prestigiosa Universidad.

Desde una perspectiva sincrética, si bien ninguno de ellos declinó su postura, lo cierto es que ambas confluyen formando un río con mayor y extenso caudal.

(*) Profesor titular de Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; director de la “Cátedra Libre Carlos Cossio” de la Universidad Nacional de La Plata; corresponsal en la Argentina del Hans Kelsen-Institut. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en la Jornada “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15 de agosto de 2019.

O bien en lugar de decir tantas palabras, tal vez sea como Cossio lo afirmó en su “Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina”, la visita no fue un epílogo, sino un prólogo que aún no ha terminado ⁽¹⁾.

Comencé a estudiar en una universidad (la de La Plata) y en una época (a partir del año 1975) en la cual la discusión aún no había perdido su calor: con atención escuchábamos a nuestros profesores (muchos de ellos, alumnos y discípulos de Carlos Cossio) desgranar meticulosamente los argumentos críticos de la egología y de la teoría pura, los cuales, quizá por esa poderosa dualidad argumentativa, formaron —al menos en mí— la idea de que apuntaban a una única realidad conceptual, pero desde distintas perspectivas.

Tal vez esto sea difícil de expresar, y difícil de comprender en un mundo en el cual parece prevalecer el pensamiento binario, demonizado en los extremos del bien y del mal, en el cual generalmente vemos al primero de nuestro lado y al segundo del lado de nuestro adversario.

Como lo expresé al principio, no me propuse entonces realizar un desarrollo exhaustivamente histórico, ni tampoco comparar críticamente ambas posiciones teóricas, sino, aprovechando la contemporaneidad de sus autores, preguntarme cuáles fueron los elementos que hallamos en común en los caminos que vivenciaron y recorrieron. Tal vez con similar sentido con el que Mario Bunge tituló su libro *Memorias: Entre dos mundos*⁽²⁾, en donde pasa revista al ámbito intelectual, político y filosófico de los últimos cien años, transitando entre mundos diferentes: el personal y el profesional, donde se entremezclan persecuciones, éxitos, afectos, debates y comentarios sobre las personas y las cosas.

De allí fue que pensé en hacer una suerte de abordaje “holístico” de esta cuestión. Ensayé entonces una primera hipótesis: si bien Cossio y Kelsen provienen de dos ámbitos hasta geográficamente opuestos, sus vidas y sus pensamientos tuvieron objetivos similares y recurrentes. Vivieron, en cierta manera, “vidas paralelas”. No tomo la expresión en el sentido de la física y de la astronomía, que se refieren a “universos paralelos” como realidades simultáneas que no se relacionan, sino que me permito aquí acercarme a utilizar el título de la obra de Plutarco *Vidas Paralelas*, quien, es sabido, no pretendió solamente reconstruir las vidas de las personas cuyas biografías abordó, sino entender la historia de la sociedad en la que se desarrollaron. Aquellos que desconocen el contexto en el cual se han desarrollado las ideas están destinados a malentenderlas, dijo Santayana.

(1) COSSIO, C., “Teoría egológica y Teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, *La Ley, Páginas de Ayer*, Año 4, nro. 10, Buenos Aires, noviembre de 2003.

(2) BUNGE, M., “*Memorias: Entre dos mundos*”, Gedisa, Madrid, 2014.

No es casual tampoco que el volumen 40, editado recientemente por el Hans Kelsen-Institut, lleve el título *Hans Kelsen en su tiempo*. Y precisamente allí también existen varios artículos que refieren al encuentro entre Kelsen y Cossio en la Argentina.

Y el subtítulo que propongo es porque pienso que si Kelsen y Cossio hoy en día tuvieran la posibilidad de ver la amplitud y el desarrollo que han tenido sus ideas, estarían orgullosos del debate que sostuvieron hace 70 años.

Pienso que hoy ya no lo verían como una oposición de posturas, sino como un importante aporte a la ciencia jurídica. También supongo que estarían muy satisfechos de ello y que celebrarían sus resultados con un imaginario abrazo que tal vez en aquella época no tuvieron la oportunidad de darse.

La influencia de la filosofía modernista del Círculo de Viena dejó su marca tanto en el pensamiento de Europa central como en este extremo sur de América, particularmente en lo que se refiere a la perspectiva de considerar, de estudiar, y de exponer la filosofía y la visión de las ciencias. Como no podía ser de otro modo, su influencia también se notó en las concepciones de la filosofía del derecho y en la teoría jurídica en la Argentina, especialmente en el ámbito de la enseñanza del derecho en la Universidad Nacional de La Plata, por su particular forma de desenvolver la problemática del conocimiento, y por el especial momento en el cual se originó.

Para apreciar la importancia de la influencia epistemológica del Círculo de Viena en nuestro ámbito universitario, debemos tener en cuenta el contexto histórico en el cual prosperó el pensamiento centroeuropeo de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. La teoría pura del derecho fue uno de los productos de ese momento histórico especial.

En el marco del régimen político de los Habsburgo, la interacción de círculos creativos en Viena, comparada con otros fenómenos similares en grandes ciudades, fue particularmente dinámica. Su característica más manifiesta fue, precisamente, la de establecer puntos de contacto o vinculación interdisciplinaria equidistante. La mayoría de estos círculos comenzaron a desarrollarse juntamente con otros círculos vecinos que, desde sus particulares formaciones culturales, perseguían similares objetivos ⁽³⁾ en el ámbito de las ciencias naturales y físicas, la literatura, la música, la arquitectura, el psicoanálisis y, desde ya, el derecho.

Dentro de ese ambiente social se produjeron reacciones como las de Karl Kraus, quien a través de su publicación *Die Fackel (La Antorcha)* decía iluminar la hipocresía que suponía esta moral burguesa y su premeditada

(3) European Journal of International Law, "Kelsen and his Circle: The Viennese Years", 2002.

ceguera a los hechos objetivos de la vida comunitaria. Por su parte, Robert Musil, en su obra *El hombre sin atributos*, señalaba a la masificación como el hundimiento final de la cultura, anticipando el peligro que las dramáticas ansias de expansión de Alemania suponían para el mundo.

Desde la perspectiva de las artes, Von Hofmannsthal propuso el *Gesamtwerk*, algo así como el trabajo conjunto o integral, que trataba de emular el arte de los griegos, unificando música, poesía y teatro. Estas ideas, junto con las de otros estetas vieneses, se fundaron en las ideas del filósofo Ernst Mach, quien desarrolló una teoría del conocimiento que parecía confirmar esa experiencia poética, ya que Mach, desde la postura del criticismo empírico, sostenía que el mundo consiste solamente en nuestras sensaciones.

Paralelamente, en nuestro país de principios del siglo XX irrumpía el martinfierrismo, como movimiento de expresión estética que pretendía rebelarse contra las estructuras artísticas tradicionales, remontando la inquietud de una juventud que buscaba una expresión propia en formas más avanzadas ⁽⁴⁾, cuya máxima propuesta se puede hallar en este segmento del “Manifiesto de Martín Fierro”, publicado el 4 de mayo de 1924: “llamar a cuantos sean capaces de percibir que nos hallamos en presencia de una nueva sensibilidad y de una nueva comprensión, que, al ponernos de acuerdo con nosotros mismos, nos descubre panoramas insospechados y nuevos medios y formas de expresión”. Xul Solar, Ramón Gómez Cornet, Cayetano Cordova Iturburu, Emilio Pettoruti, José Ingenieros, Antonio Sibellino, Jorge Luis Borges y Alejandro Korn, entre otros, todos ellos fueron artistas y pensadores que se preocuparon profundamente por proyectar una nueva visión de la pintura, la literatura, y la visión política y filosófica de la sociedad. También aquí, en la Argentina, la filosofía era vista no como una disciplina autónoma y autosuficiente, sino una con múltiples facetas e interrelacionada con todos los aspectos de la cultura.

Volvamos ahora a cruzar el Atlántico para seguir buscando conexiones entre estos “mundos paralelos”. La caída del Imperio Austro-Húngaro y el surgimiento de la República Austriaca en 1919 planteó en los ámbitos académicos y universitarios la necesidad de contar con renovadas teorías que permitieran fundamentar la unidad del Estado, sobre nuevas bases filosóficas, políticas, psicológicas y sociales, y fue Kelsen quien sumó a esa misión, según lo destacó posteriormente su discípulo y amigo Alfred Verdross.

La teoría pura del derecho, con su propósito de “desideologizar” el derecho y considerarlo como la objetivación de una conducta (con la clara intención de liberar a la ciencia jurídica de las presiones del poder de turno),

(4) PREVITALI, G., “Ricardo Güiraldes y el movimiento de vanguardia en Argentina”, Centro Virtual Cervantes, www.cvc.cervantes.es.

fue producto de esa necesidad, pues es una teoría que, en definitiva, lucha por la consolidación del Estado de derecho y de la democracia. No es difícil darnos cuenta de que la rigurosidad metódica kelseniana no es más (ni menos) que una consecuencia de la necesidad de establecer pautas de certeza jurídica y criterios objetivos de justicia frente a una sociedad necesitada de ellos. Paradójicamente, su purificación de valores se funda en valores puros. El mismo Kelsen lo entendió así cuando en 1960 expresó que también para los científicos es importante ante todo el carácter moral del hombre, y que esta condición tiene influencia aun en los resultados científicos ⁽⁵⁾.

Kelsen fue convocado por el entonces canciller Karl Renner, como experto constitucionalista independiente de cualquier partido político, para trabajar en un proyecto de Constitución austriaca y su gran preocupación fue la de establecer como esencia de ella las garantías constitucionales y la organización de la administración, como así también crear un tribunal constitucional independiente de las influencias de la política partidaria. Surgió así el modelo actual de democracia parlamentaria.

La precisión y la claridad metódica de Kelsen fueron una verdadera fortuna para el proyecto constitucional austriaco: suficientemente flexible como para ser adecuado en una variada constelación política, pero también suficientemente fuerte como para proporcionar un marco político estable ⁽⁶⁾. Como lo señala el profesor Thomas Olechowski en su artículo "Los comienzos de la justicia constitucional europea" ⁽⁷⁾, Kelsen apoyó fervorosamente el sistema democrático, señalando que su ideología supone una perspectiva relativista y empírica, contraria a las ideas autocráticas, absolutistas y metafísicas.

Nuevamente destaco que este marco social y cultural tiene, desde mi perspectiva, un paralelismo con nuestra Argentina de principios del siglo XX, tal vez no tanto por sus bases históricas que, obviamente, son diferentes, sino por los efectos de una crisis que generó la necesidad de cambio político e institucional y que a la postre repercutió en el surgimiento de nuevas corrientes del pensamiento teórico.

La reforma universitaria en la Argentina, ocurrida en el año 1918, fue uno de los cambios más importantes en materia de concepción de ciencia y de enseñanza, por cuanto significó, por una parte, una democratización del sistema educativo universitario, y por otra encaminar el conocimiento hacia la vida independiente, tendiente al bienestar personal, y no en beneficio

(5) MÉTALL, R. A., "Hans Kelsen, vida y obra", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

(6) Ver en tal sentido, "Hans Kelsen: Baumeister der Verfassung", publicado en Wiener Zeitung, Viena, 07/10/2006.

(7) OLECHOWSKI, T., "Die Anfänge der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit", publicado además en inglés en *Perspectives from the Historical Sociology of Law*, Cambridge University Press, 2014, ps. 77-95.

de una clase social o de una casta gubernativa, rechazando la enseñanza meramente dogmática. Sustentó principios que rigen hasta el presente, tales como intervención de todos los profesores en las asambleas, participación estudiantil, asistencia libre a clases teóricas, docencia libre y libertad de cátedra.

Uno de los acontecimientos contemporáneos que influyeron en esta reforma fue el fin de la Primera Guerra Mundial, durante la cual, en razón de las tremendas pérdidas materiales y humanas y los profundos sufrimientos morales vividos en Europa, surgieron en ese continente nuevas aspiraciones de carácter social y la exteriorización de muchas inquietudes espirituales ⁽⁸⁾. La reforma universitaria constituyó para la universidad argentina, y probablemente también para otras universidades de países americanos, un vigoroso sacudón, que evitó la perpetuación de abandonos y exigió una mayor atención para el progreso de las instituciones de enseñanza superior.

Un poco antes ocurrió otro acontecimiento paralelo: con la fundación de La Plata, ocurrida el 19 de noviembre de 1882, surgió la necesidad de definir con mayor singularidad el carácter e importancia social y política de la naciente capital. Obviamente, ello vendría por sí mismo cuando fuera foco de atracción, de elaboración e irradiación de una gran corriente de cultura.

Es así como desde el año 1897 hasta 1905 funcionó en la ciudad de La Plata una universidad provincial, la cual recién pasó a tener una importante proyección nacional a partir del año 1905 por iniciativa de su fundador y primer presidente, el doctor Joaquín V. González.

Visionariamente, González organizó una universidad de tipo nuevo, de carácter científico y experimental, en la que se desarrollara con amplitud la investigación, la extensión universitaria y la interrelación con profesores de universidades extranjeras, sobre la base de una organización académica democrática y de excelencia y de una enseñanza con criterio amplio que desechara el concepto de universidad dogmática.

La Plata se constituyó así en el laboratorio fecundo de experiencias que no fueron posibles en otras universidades del país, cumpliendo otra importantísima dimensión de la educación moderna: la extensión universitaria, ahora explícitamente contenida en el actual art. 17 del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata, donde se promueve el conocimiento hacia todas las clases sociales y en todas las ramas del saber, en la seguridad de que el bienestar solo se logra a través de la educación y que ella se enriquece y se modifica con la continua vinculación comunicacional entre la comunidad científica y toda la sociedad ⁽⁹⁾.

(8) CASTIÑEIRAS, J. R., "Historia de la Universidad de La Plata", t. 1, Ed. Universidad de la Plata, 1985, p. LXXX.

(9) GONZÁLEZ, J. V., Memoria enviada al gobernador de la provincia el 12 de febrero de 1905.

Estas ideas, conjugadas con las consecuencias de la inmediatamente posterior reforma universitaria, generaron un cambio de actitud y una nueva perspectiva hacia el conocimiento en general, que, obviamente, también repercutieron en la visión del fenómeno jurídico y su enseñanza.

No es casual que la tesis doctoral de Carlos Cossio versara sobre “La reforma universitaria o el problema de la nueva generación” (1927).

Cossio inició su actividad docente en La Plata, en el año 1934, como profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional, desarrollando luego su tarea docente en la Universidad de Buenos Aires. A partir de entonces comenzó a sentar las bases de la teoría egológica, y se formó el primer grupo de filósofos seguidores de esta concepción: Enrique Aftalión, Ambrosio Gioja y Julio Cueto Rúa, y en el ámbito de la Universidad de La Plata, Mario Copello, Ernesto Borga, Juan Carlos Smith y Abel Arístegui, quienes difundieron sus propias concepciones sobre el derecho con una marcada influencia de la teoría pura del derecho y de la egología.

Sabemos que los fundamentos principales de la teoría de Cossio fueron expuestos en su obra *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, publicada por primera vez en el año 1944, pero es bueno destacar otro paralelismo: de la misma forma que la obra kelseniana no se agota en la teoría pura del derecho, sino que se proyecta en muchísimos escritos con contenido político y social, la obra de Cossio tampoco se limita a la teoría egológica. Como bien señala Diego Luna, Cossio ha hecho importantísimos aportes a la problemática política, a la enseñanza del derecho y a la formación de los abogados ⁽¹⁰⁾. Pienso que, al igual que Kelsen, Cossio desarrolló su teoría con una personal visión política y libertad de criterio que algunos jamás le perdonaron.

Indudablemente el encuentro del año 1949 representó un importante hito para toda la filosofía jurídica argentina. A partir de los debates generados en esa oportunidad, quedaron establecidos claramente los perfiles distintivos entre la teoría kelseniana y la teoría egológica.

Personalmente creo que un valioso aporte de Cossio es su visión de la experiencia jurídica: la teoría egológica vincula estrechamente al derecho con la vida humana. Esto se advierte en su visión culturalista sobre la interpretación del derecho, cuyo proceso está integrado por las referencias dogmáticas, la conciencia axiológica y las circunstancias arcónticas. En el año 1947, el mismo año en el cual Jerome Frank escribió su artículo “Palabras y música. Algunas observaciones sobre la interpretación jurídica” (en el cual el autor parangonaba la actividad jurídica con la actividad artística,

(10) LUNA, D., “Universidad y revolución: El pensamiento reformista de Carlos Cossio en el centenario de la reforma universitaria”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, número extraordinario, 2017.

destacando que el derecho cobra vida con la sentencia y la música no existe hasta que es ejecutada), Carlos Cossio escribió su “Fenomenología de la sentencia”, en donde también sugiere la similitud entre la creación del juez y la del pianista.

Al considerar que la experiencia jurídica también se integra con la conciencia axiológica, al concebir a la justicia como creadora de igualaciones en libertad Cossio nos enseñó magistralmente qué buscar en el derecho, cómo transmitirlo y cómo aplicarlo.

También Kelsen atribuye un importante papel a la interpretación cuando expresa que la interpretación jurídica y el equilibrio político están siempre presentes cuando se crea un acto legal; actividad legislativa y creación judicial son, por lo tanto, esencialmente lo mismo ⁽¹¹⁾.

¿Qué nos dejaron estos dos grandes juristas que en un acontecimiento histórico se encontraron hace 70 años? Pues ni más ni menos que la certeza de que la teoría jurídica también se desarrolla en el plano de la vida. No se presenta como algo abstracto o trascendente, solo asequible a través de la razón, sino que, al vincularse con la problemática social y el mundo de la cultura, es inevitable considerar los elementos valorativos que forman parte de esa misma realidad. No olvidemos que, en definitiva, la misma pureza metódica kelseniana tiene una finalidad y, consecuentemente, también se inspira en un valor.

“El derecho adquiere vida cuando aparece lleno de sentido común”, dice Cossio en la página 627 de la *Teoría Ecológica*, y eso ocurre cuando el derecho sale del aula o del estudio del investigador y toma contacto con la realidad social a través de la extensión universitaria: la única forma de renovar y acrecentar el conocimiento y de enriquecer el derecho es a través de ese vaivén empírico-dialéctico que se da entre la enseñanza, la investigación y la extensión.

El legado que Hans Kelsen y Carlos Cossio han hecho al derecho, a la enseñanza y a toda la sociedad es inmenso, y curiosamente lo encuentro sintetizado en el apotegma inscripto en el escudo de la Universidad Nacional de La Plata: “Pro scientia et patria”, esto es, ambos lucharon en favor de la ciencia, y también de la patria, de sus respectivas patrias.

Si tuviera que cerrar sintetizando lo que unió, y aún une, a dos pensadores tan dispares, es precisamente la emotividad: ambos lucharon y defendieron la dignidad del ser humano. Si la “personalidad” está determinada por todas aquellas posibilidades que el hombre ejerce en el ámbito de su libertad, se define entonces como una característica positiva: una adición

(11) OLECHOWSKI, T., “Die Anfänge der europäischen (...)”, op. cit.

de cualidades. Y la “individualidad” se establece por defecto, es decir, cuando se es un individuo, no se es otro. Por lo tanto, como individuos fueron distintos y únicos, pero como personas compartieron el mismo sentimiento humanista.

Como una vez dijo Ulises Schmill sobre Kelsen ⁽¹²⁾, y yo lo hago extensivo a ambos maestros: la grandeza de sus pensamientos tuvo correspondencia exacta en sus sentimientos.

(12) SCHMILL, U., “Hans Kelsen, poeta”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 19, 1996.

SOBRE LA GIRA SUDAMERICANA DE HANS KELSEN: EL LARGO Y SINUOSO CAMINO DE UNA RECONSTRUCCIÓN

Por Oscar Sarlo (*)

I. ESTUDIO PRELIMINAR

I.1. Antecedentes remotos

Mi interés por la gira sudamericana de Kelsen, está originado —como siempre— en una *petit histoire*, vinculada en este caso con ese gran maestro y amigo que es Mario G. Losano.

Yo había conocido a Mario la primera vez que asistí a un congreso de filosofía del derecho, en Brasil, en el año 1988. Con 39 años, recién comenzada mi carrera académica ⁽¹⁾, no pude aprovechar la oportunidad para profundizar el conocimiento —para mí impresionante— de celebridades de la filosofía del derecho ⁽²⁾; por consiguiente, mi trato con Mario fue protocolar. Pero diez años después, en un Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho (Montevideo, 1998), al cual asistió Mario, tuve ocasión de estrechar vínculos y aprender de él la importancia de la historia reciente del derecho. El motivo fue algo muy concreto: Mario me comentó que estaba tras los pasos de Renato Treves, su profesor, que había llegado exiliado a Montevideo, en 1939. Yo no tenía idea de esa historia, pero se me ocurrió sugerirle que, si había estado en Montevideo, seguramente lo habría recibido Eduardo J.

(*) Excatedrático de Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República; investigador nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores; académico de número en la Academia Nacional de Letras y en la Academia Nacional de Derecho; corresponsal en Uruguay del Hans Kelsen-Institut.

(1) El comienzo ciertamente tardío de mi carrera académica se debe a una disposición de la dictadura cívico-militar (1973-1985) que impedía acceder a la docencia a quienes tuvieran antecedentes negativos, ¡como en mi caso era el haber sido representante estudiantil!

(2) La asistencia a dicho Congreso la debo a la invitación de don Miguel Reale, por indicación de la profesora Esther Aginsky, por entonces titular de Filosofía del Derecho. En esos congresos trabé contacto con prestigiosos profesores, que luego serían importantes para mi investigación sobre Kelsen, como el propio Miguel Reale; el ya mencionado Mario Losano, de Italia; Roberto J. Vernengo, de Argentina (un erudito conocedor de la obra de Kelsen); Agustín Squella, de Chile; y Benigno Mantilla Pineda, de Colombia, entre tantos otros.

Couture ⁽³⁾, que era un gran cultor de las relaciones académicas. Por consiguiente, le sugerí contactar a la hija de Couture, Inés Couture de Landoni, con la certeza de que en el archivo de su padre encontraría alguna pista. Efectivamente, al final del día, ¡Mario estaba radiante, había hallado una carta de Treves, y se la habían obsequiado! Pero no solo eso: había visto que el Archivo Couture constituía un tesoro documental, muy bien conservado, que habría que estudiar ⁽⁴⁾.

I.2. Una ocasión propicia: los 50 años de la visita de Kelsen

I.2.a. Un aniversario casi olvidado

Dado que, al año siguiente, agosto de 1999, se cumplirían 50 años de la fugaz visita de Kelsen a Montevideo, me propuse encarar una celebración digna de tal acontecimiento. Para ello debí vencer mi natural falta de condiciones organizativas para encarar tal evento y el desinterés —y hasta resistencia— de mis colegas de Facultad para ello.

Creo que mi decisión se fortaleció cuando tuve la confirmación de que en la Argentina nada se haría al respecto. No obstante todo ello, tenía la convicción de que allí había algo importante que merecía investigarse.

El paso siguiente —y decisivo— fue apelar a una red de amigos estudiosos de Kelsen ⁽⁵⁾, aprovechando la circunstancia de que todos ellos habían estado —de una u otra manera— en contacto directo con él.

La fortuna hizo que pudiera concretar finalmente una reunión —para mí increíble—, con la presencia de figuras cuyo único punto en común era un inmenso aprecio por la personalidad de Kelsen, y el haber estado en con-

(3) Eduardo J. Couture (1904-1956) fue un eminente procesalista uruguayo, que desempeñó un papel relevante en la construcción de una red de apoyo a los juristas emigrados de la Europa bajo el dominio fascista.

(4) Fue tal el agradecimiento de Mario que a partir de ese descubrimiento nació el compromiso de trabajar por el rescate del precioso Archivo Couture, que nadie había aún valorado debidamente, y mi interés —ya indeclinable— por conocer mejor la historia reciente del derecho. Fruto de esa circunstancia, fue un proyecto de digitalización del Archivo Couture, con financiación obtenida por Mario en Italia, y realizado en Montevideo con un equipo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. El archivo digitalizado comprende unos 11.000 documentos, entre cartas, memorias, manuscritos, proyectos de libros, fotos, y registros de audio. Una verdadera maravilla, descubierto gracias a alguien —Mario— que me enseñó a “ver”, lo que nadie ve. Ese descubrimiento me introdujo en los papeles de Couture, donde hallé las primeras pistas de la visita de Kelsen y las hipótesis para interpretar su significado.

(5) Evito cualquier desinencia con el apellido Kelsen para evitar distinciones complicadas. Recuerdo así, una humorada de Mario Losano, quien una vez me dijo —parafraseando una distinción difundida respecto de Marx— que debíamos distinguir entre “kelsenistas” (quienes pretenden atenerse fielmente a la obra de Kelsen), “kelsenianos” (aquellos que utilizan categorías elaboradas por Kelsen, pero sin atarse a los mismos intereses o intención), y los “kelsenólogos” (estudiosos académicos de la prolifera obra de Kelsen, que realizan filologías, plantean hipótesis interpretativas, buscan rupturas, discontinuidades, etc., en la obra de Kelsen).

tacto con él, más allá de declararse kelsenistas, kelsenianos, kelsenólogos, kelsenólatras o kelsenófobos, que también los había. Algunas veces, los aniversarios son muy útiles para dinamizar la agenda académica.

I.2.b. Los preparativos

A pesar de que en aquella época era asistente académico de la decana de la Facultad de Derecho (Esc. Teresa Gnazzo), no me resultó sencillo concretar el evento. Pero poco a poco fueron cumpliéndose los pasos, aunque sabiendo que ya no podría concretarse en la fecha aniversario de la conferencia de Kelsen, que fue el 15 de agosto de 1949, sino que debería ser en alguna fecha posterior dentro del mismo año 1999.

Como primer paso formal procedimos a conformar un comité académico, que tendría a su cargo la supervisión del evento y estuvo conformado por los siguientes docentes y exdocentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República: Horacio Cassinelli Muñoz (titular de Derecho Constitucional), Teresa Gnazzo (decana, titular de Derecho Civil); Héctor Gros Espiell (exprofesor de Derecho Constitucional y Derecho Internacional); Hugo Malherbe (titular de Filosofía del Derecho); Daniel Hugo Martins (extitular de Derecho Administrativo), Alberto Pérez Martens (titular de Derecho Público y Derechos Humanos); y el autor de este trabajo, que en aquel momento era adscripto en Filosofía del Derecho y profesor agregado de Metodología de la Investigación Jurídica.

La organización del evento, desde luego, corrió por mi cuenta, pues nadie más hubiera dedicado un minuto de su tiempo para ello. Por el contrario, en el exterior, la iniciativa fue acogida con simpatía y entusiasmo. Así obtuve respuestas favorables de los profesores Roberto Vernengo y Hugo Caminos, de Argentina; Mario Losano, de Italia; y Agustín Squella, de Chile. Oportunamente informé de todo ello al Hans Kelsen-Institut de Viena.

Sobre último momento, el profesor Agustín Squella desistió de viajar por motivos personales.

I.2.c. El evento

Tal como estaba previsto, el coloquio internacional conmemorativo de los 50 años de la visita de Hans Kelsen al Río de la Plata se celebró en la sede de la Facultad de Derecho, los días 12 y 13 de noviembre de 1999.

En dicho coloquio participaron, naturalmente, autoridades de la Facultad: la decana, Esc. Teresa Gnazzo, y el secretario docente, Dr. Alejandro Abal Oliú. Pero, además, intervinieron los profesores invitados y los integrantes del Comité Académico.

Repasemos brevemente su conexión o actitud ante la obra de Kelsen.

Héctor Gros Espiell (Uruguay, 1926-2009), experto en derecho constitucional, internacional y derechos humanos, que había integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 1986-1989. Con 23 años de edad, y a punto de obtener el título de abogado, Gros había presenciado la conferencia de Kelsen en Montevideo, sentado en la primera fila del Paraninfo, junto a Martins. Ambos escribieron luego una reseña de la conferencia, que apareció publicada en *El Debate* de Montevideo. Gros volvió a encontrarse con Kelsen en Berkeley durante el año 1962, oportunidad en la cual este le obsequió un capítulo de la recientemente publicada *Teoría pura del Derecho*, para ser publicada en la *Revista de la Facultad de Derecho*.

Daniel Hugo Martins (Uruguay, 1927-2016), jurista, titular de Derecho Administrativo, también había asistido a la conferencia de Kelsen, y era coautor, con Gros Espiell, de la única reseña existente de la conferencia.

El profesor Hugo Caminos (Argentina, 1921-2020) era un eminente internacionalista, juez del Tribunal Internacional de Derecho del Mar con sede en Hamburgo. Caminos, a los 21 años, junto con otro joven argentino —Ernesto C. Hermida— habían ido a estudiar con Kelsen en Berkeley, en 1942. Tuvo además la fortuna de colaborar con Kelsen durante todo el proceso de discusión y redacción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Según me relatara, en oportunidad del coloquio, los discípulos más allegados al maestro iban a San Francisco a recoger las novedades, y se las llevaban a Kelsen para ser discutidas en los seminarios.

Agustín Squella Narducci, de la Universidad de Valparaíso (Chile, 1944). Nos habíamos conocido también en los congresos de Brasil, y como buen kelseniano, habíamos simpatizado. Agustín había quedado “marcado” en su época de estudiante, cuando el profesor Bascuñán había conducido un grupo de estudiantes de derecho a visitar a Kelsen en Berkeley. Agustín siempre dijo que esa experiencia había sido decisiva para su vocación por la teoría del derecho.

Mario G. Losano (Italia, 1939) ha sido un eminente teórico del derecho, en conexión con la informática jurídica y la historia contemporánea del derecho. Es lo que se puede decir un kelsenólogo relevante. Como discípulo de Norberto Bobbio, le fue encomendada la traducción al italiano de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*; por tal motivo mantuvo un importantísimo intercambio de cartas con Kelsen, a lo largo del año 1965 ⁽⁶⁾.

El profesor Roberto J. Vernengo (Argentina, 1926) era también un testigo clave de la visita de Kelsen. Siendo aún estudiante, había presenciado algunas de sus conferencias en Buenos Aires. Pero a partir de ese contacto,

(6) La importancia de dicha correspondencia ameritó una publicación crítica. Ver BERSIER LADAVAC, N., “Con esattezza kelseniana. Precisazioni sulla dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano”, Giuffrè, Milano, 2003.

cuando cuatro años después tuvo la oportunidad de trabajar en las oficinas de la OIT en Ginebra, pasó a desempeñarse como asistente de Kelsen en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, donde había regresado a impartir lecciones por esa época. Aun cuando la erudición y formación rigurosa de Vernengo en lógica, semántica, filosofía y otras disciplinas imaginables, nos lleven a suponer que superó ampliamente la versación de su maestro, siempre tuvo un reconocimiento a la importancia que tuvo para él haber conocido a Kelsen.

El resto de los asistentes realizaron exposiciones de circunstancias, destacando la relevancia del jurista austríaco. Mención aparte merece la intervención del profesor Malherbe (Montevideo, 1929), por entonces catedrático de Filosofía del Derecho. Malherbe tenía un particular desinterés por la teoría pura, que consideraba —como muchos juristas latinoamericanos— inútil por su formalismo. Esto es explicable, además, pues se había formado en la escuela del gran filósofo uruguayo Juan Llambías de Azevedo, partidario de la teoría de los valores de Scheler y Hartmann. Es más: prefería cualquier otro pensador, como A. Ross, Viehweg, Perelman, o Ihering, antes que a Kelsen, al cual, no obstante, exponía de manera correcta. Pero como además me tenía aprecio, accedió a participar del evento. En su intervención, no tuvo reparo en señalar que no tenía interés por la teoría pura, y que nada tenía para aportar al evento. ¡Yo le agradecí mucho su sinceridad!

El coloquio se desarrolló en dos jornadas, la primera estaba destinada a la recreación del acontecimiento histórico, mientras que en la segunda se abordó una mirada de la obra kelseniana con la perspectiva del fin de siglo.

La primera jornada se desarrolló en la Sala del Consejo de la Facultad de Derecho, a la cual asistieron unas 40 personas. El acto fue inaugurado por la decana de la Facultad, Esc. Teresa Gnazzo, la cual destacó la importancia y el merecimiento del homenaje que se tributaba a Hans Kelsen.

A continuación, me correspondió hacer una presentación general del momento histórico y las circunstancias especiales en las cuales Kelsen emprendió su gira sudamericana. Luego brindé una serie de detalles acerca de las dos ocasiones en las cuales Kelsen visitó Montevideo: la primera el día 1 de agosto y la segunda el 15 de agosto de 1949.

El profesor Hugo Caminos, que —como vimos— había sido alumno de Kelsen en Berkeley, recordó la tensa situación que se vivía en la Argentina en el momento que Kelsen se aprestaba a viajar, y las gestiones que realizaron para evitar que su visita fuera utilizada políticamente por el gobierno de Perón. En su exposición reveló detalles, hasta entonces desconocidos, sobre estas circunstancias como, por ejemplo, que se pensaba aprovechar la presencia de Kelsen para prestigiar la Constitución recientemente aprobada por el peronismo, lo cual logró evitarse.

El profesor Vernengo destacó el clima académico que se vivía en el ámbito de la filosofía del derecho, donde destacaban las personalidades de Cossio y Gioja.

El profesor Gros Espiell recordó el clima de la conferencia brindada por Kelsen en Montevideo, en la cual estuvo presente, y brindó un panorama de la recepción de Kelsen en las distintas cátedras de entonces. Relató, asimismo, la visita que le realizara a Kelsen en Berkeley, en 1962, oportunidad en la cual el maestro austríaco le entregó un texto destinado a ser traducido y publicado por la *Revista de la Facultad*, en recuerdo de su visita.

A continuación, el profesor Daniel H. Martins, que también había asistido a la conferencia de Kelsen en Montevideo, destacó la escasa repercusión que tuvo el pensamiento kelseniano en la doctrina uruguaya, no obstante ser ampliamente conocido.

Posteriormente, los profesores Malherbe y Pérez Pérez realizaron breves comentarios acerca de cómo su generación —posterior a la visita de Kelsen— recibió el influjo de las doctrinas de este.

Fue tal la impresión que me generaron los testimonios de tan eminentes académicos, y el tomar conciencia que habían conocido o tratado con Kelsen, que me propuse profundizar en el tema. Ahí nació el proyecto de reconstruir históricamente el acontecimiento, para luego profundizar la comprensión de su significación, y registrar esos testimonios con la mayor fidelidad posible.

I.3. La investigación

De manera paralela a mis habituales tareas profesionales y académicas (esto es, sin ningún financiamiento específico) fui cumpliendo distintas etapas: entrevistas grabadas con personas que habían conocido a Kelsen (Gros Espiell, Martins, Eduardo Jiménez de Aréchaga); relevamiento de diarios de la época, en Montevideo. Luego cumplí —poco a poco— igual proceso en Buenos Aires: entrevistas grabadas con Vilanova, Arístegui, Vernengo, etc., y revisión de los diarios y revistas de la época.

Para el año 2005 ya tenía relevada la historia del evento, cuando me llegó la invitación del profesor Tulio Ortiz, director del área de historia del derecho de la Facultad de Derecho de la UBA, para que expusiera el tema en el Instituto Gioja. Con gusto acepté, y la conferencia tuvo lugar el día 26 de octubre, con una interesante concurrencia, que en general se manifestó satisfecha con la labor de reconstrucción cumplida. Desde luego, hubo juicios críticos hacia algunas interpretaciones mías, pero ello es natural en este tipo de trabajos.

Finalmente, llegó la oportunidad perfecta para publicar un informe de esta investigación: la invitación a contribuir a un homenaje al profesor Mario Losano ⁽⁷⁾. Allí apareció por primera vez *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949, el frente sur de la teoría pura*, texto que ahora reproduzco a solicitud del profesor Alejandro González Monzón.

I.4. Repercusiones diferidas

I.4.a. Desarrollo de mi proyecto de investigación

La investigación sobre la gira de Kelsen me hizo ver que el desencuentro entre Kelsen y Cossio no era algo aislado; respondía no solo a un choque de personalidades muy diferentes, y a una “grieta” en la convivencia política y académica. Quedaba en evidencia también que había un problema serio en la manera de interpretar la función y alcance de una teoría del derecho. Y, además, que eso no era una circunstancia propia de la Argentina, sino que era muy parecida en Uruguay y seguramente en Latinoamérica. Para empezar a corroborar esa hipótesis, me dediqué a estudiar la recepción de la ‘teoría pura’ en Uruguay. Allí comencé a observar que había un problema con la lectura de esta obra, y que, tras su aparente recepción, lo que había era una tremenda incompreensión, que llevaba a resultados insatisfactorios. El punto central, a mi modo de ver, era que en nuestros países no se concebía la teorización del derecho fuera de la dogmática, un saber normalmente vinculado a los intereses profesionales de los juristas y a la legitimación del poder político. En ese contexto, resultaba muy difícil que la comunidad de juristas tuviera interés en asumir el papel concebido por Kelsen. Desde luego, les interesaba asociarse al prestigio de Kelsen y su modernidad, pero no parecían dispuestos a asumir los rigores de un paradigma que le llevaría a renunciar al papel político que les tenía reservado unas sociedades fuertemente excluyentes y clasistas.

Esta segunda investigación tuvo una primera concreción cuando el Hans Kelsen-Institut me invitó a colaborar en un volumen destinado a estudiar la recepción de la teoría pura en diversos países ⁽⁸⁾.

El conjunto de estas dos investigaciones —“La gira (...)” y “La recepción (...)”— tuvo, al menos, la virtud de motivar un movimiento de revisión de

(7) ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (dir.), “El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano”, Dykinson, Madrid, 2006, ps. 951-975; reeditado con ligeras modificaciones y agregados en *Ambiente Jurídico*, nro. 12 (2010), Colombia, ps. 400-425.

(8) SARLO, O., “The reception of the Pure Theory of Law in Uruguay (and the refutation of its alleged falsation)”, en R. WALTER, C. JABLONER, K. ZELENY (org.), *Hans Kelsen anderswo (Hans Kelsen abroad). Der einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Teil II, 2010, ps. 281-309.

la relación de Kelsen y su obra con los juristas latinoamericanos, algo que todavía hoy no está del todo claro, aunque mucho se ha avanzado ⁽⁹⁾.

Una nueva publicación de “La gira (...)” en Colombia ⁽¹⁰⁾ contribuyó a dar una amplia difusión al tema, y con el tiempo significó un saludable incentivo para que otros colegas desarrollaran nuevas investigaciones, más profundas.

I.4.b. Investigaciones en Brasil

Cabe recordar que en mi trabajo “La gira (...)” incluí una primera aproximación sobre la actuación de Kelsen en Brasil, luego de abandonar la Argentina; hecho prácticamente desconocido por los juristas brasileños y que mostraba una relevancia nada desdeñable, como que se había desarrollado durante casi una semana, había recibido un doctorado Honoris causa (gesto que no tuvieron las universidades de la Argentina ni del Uruguay, inexplicablemente), y había sido recibido por importantes académicos vinculados al gobierno de la época.

Por lo tanto, no es de extrañar que, a partir de unos pocos datos, en Brasil se hayan realizado notables investigaciones similares a la cumplida por mí, respecto de Uruguay y Argentina. En este sentido, cabe mencionar:

- SILVEIRA SIQUEIRA, G., *et al.* ⁽¹¹⁾, “A visita de Hans Kelsen ao Rio de Janeiro (1949)”, *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 4, nro. 7, enero-abril de 2017, ps. 158-188.

- HANSEN, E., “A visita e as recepções de Hans Kelsen no Brasil (1942-1949)” (hasta donde sé, aún inédito) ⁽¹²⁾.

- ABREU BOUCAULT, C. E. de “Hans Kelsen — A Recepção da ‘Teoria Pura’ na América do Sul, Particularmente no Brasil”, *Seqüência (Florianópolis)*, no. 71, ps. 95-106, dez. 2015.

(9) Debo mencionar, sin embargo, que poco antes de aparecer “La gira (...)”; se había publicado una tesis que versaba también sobre las distorsiones en la recepción de la ‘teoría pura’, con especial referencia a la dogmática colombiana: “Teoría impura del derecho”, de Diego Eduardo López Medina, de Colombia. Este trabajo (una tesis de doctorado en la Universidad de Harvard, bajo la dirección de Duncan Kennedy) está concebida y desarrollada desde una perspectiva teórica diferente y con total independencia de mi trabajo.

(10) SARLO, O., “La gira suramericana de Hans Kelsen en 1949”, *Ambiente Jurídico*, 2009, nro. 12, Manizales, p. 412.

(11) Los restantes autores son: Pedro Mollica da Costa Ribeiro, Eini Rovena Dias y Marina Rodrigues Souto Barra Ferreira.

(12) Esta investigación, muy interesante, y que contiene resultados complementarios de la investigación de Siqueira et al., me fue enviada como borrador en 2018, pero aún no ha sido publicada, que sepamos.

I.4.c. Investigaciones en Colombia

Si bien Kelsen no había estado nunca en Colombia, existía allí una tradición oral acerca de una supuesta intención suya de radicarse en Colombia en 1939, supuestamente gestionada por medio del prestigioso internacionalista colombiano Jesús María Yepes, amigo de Kelsen. Diversas investigaciones analizan las fuentes disponibles y concluyen en la ausencia de documentos que verifiquen dicha creencia. Al respecto, cabe mencionar los trabajos siguientes:

- BOTERO BERNAL, A., “¿Kelsen en Colombia?”, *Revista Derecho*, enero-junio 2019, no. 51, Barranquilla.

- RESTREPO, J. C., “¿Por qué Kelsen no vino a Colombia?”, *Ámbito Jurídico*, 2016, accesible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/relaciones-exteriores-e-internacional/por-que-kelsen-no-vino-colombia> (22/9/2020).

I.4.d. Investigaciones en España

En España, la situación era exactamente la inversa que en Colombia: existía allí la creencia de que Kelsen nunca había pisado tierra española. Sin embargo, un importante profesor de la Universidad de Alicante se vio motivado a realizar una similar investigación sobre la —casi desconocida— visita de Kelsen a España en 1956 ⁽¹³⁾. En su magnífica investigación, el profesor Vega explica que logró así desvirtuar la generalizada creencia acerca de la “lamentada ausencia de Kelsen de tierras españolas”, cuya veracidad él daba por descontada al iniciar su investigación.

I.4.e. Finalmente, una investigación en la Argentina

Debo consignar que este proceso se cierra —por ahora— con la exhaustiva investigación realizada por el profesor Diego Luna, como “Estudio preliminar” ⁽¹⁴⁾ de la reedición de las conferencias de Kelsen en Sudamérica, conmemorativo de los 70 años de su gira, que constituye un aporte sustantivo para la definitiva reconstrucción histórica de la célebre presencia del “jurista del siglo” entre nosotros.

Queda así saldada la deuda que tenían los juristas argentinos con el evento más relevante que exhibe la historia de la filosofía del derecho sudamericana.

(13) VEGA, J., “Una visita de Kelsen”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2015, nro. 38, ps. 417-470.

(14) LUNA, D., “Estudio Preliminar 1949-2019. Las Conferencias de Hans Kelsen en Argentina y su debate con Carlos Cossio”, en LUNA, D. (edición a cargo de), *La polémica Kelsen-Cossio. Teoría Pura del Derecho versus Teoría Ecológica del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

Más allá de que el trabajo de Diego Luna supera limitaciones o errores de mi investigación, he accedido a reeditarla tal cual se publicó originariamente, por dos razones. En primer lugar, porque en mi trabajo —junto a la reconstrucción histórica— ensayo una interpretación del encuentro desde una perspectiva epistemológica que, creo, mantiene interés. En segundo lugar, porque revisar los puntos en los cuales Diego Luna aporta nueva evidencia me obligaría, además, a revisar muchos otros puntos que han recibido nueva evidencia, todo lo cual implicaría escribir un nuevo artículo. El mero cotejo de “La gira (...)” con el excelente trabajo de Diego Luna, permitirá al lector advertir en qué puntos este aporta evidencias que ameritarían revisar mi texto, y en qué puntos se trata de interpretaciones desde perspectivas diversas, que aún podrían ser profundizadas.

Por excepción, quiero aquí consignar una rectificación de mi texto que me fue indicada directamente por el profesor Julio Raffo, en un amable encuentro que tuvimos en Buenos Aires hace algunos años. Ello refiere a la circunstancia del reingreso de Cossio a la Universidad de Buenos Aires (al final del apartado 2), donde afirmo:

“Después vendrá su acercamiento al marxismo (en una interpretación muy personal) y finalmente su acercamiento a la guerrilla peronista de izquierda (Montoneros), gracias a lo cual recuperará, aunque de manera efímera, una cátedra en la Universidad de Buenos Aires, entre junio y diciembre de 1973, hasta que, con la vuelta de Perón al poder, una nueva intervención de la Universidad buscará liquidar la influencia de los sectores izquierdistas”.

Tal afirmación se basaba en hechos que para mí eran indudables: 1) el acercamiento de Cossio al marxismo (teórico), 2) el predominio —bajo el gobierno de Cámpora— de la izquierda peronista (Montoneros), con mucho poder en la juventud peronista y en la Universidad; y 3) en una carta que Cossio enviara al profesor español Juan-Ramón Capella en la época de su reingreso ⁽¹⁵⁾. En dicha carta, Cossio expresaba:

“El peronismo es un conglomerado muy extraño: hay una juventud revolucionaria muy pujante, que cuenta con mis simpatías y son mis amigos, que está en la izquierda y está enfrentando a los antiguos peronistas que prefieren un mero retorno al peronismo de antaño, respecto del cual yo me he sentido siempre divorciado y extraño. Ya veremos qué pasa”.

No resultaba nada descabellado conjeturar que Cossio hubiera regresado de la mano de la izquierda peronista, y hasta quizá tal circunstancia haya contribuido al resultado.

(15) Ver COSSIO, C., “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2002, nro. 25, p. 735.

Sin embargo, el profesor Julio Raffo tuvo a bien indicarme que de hecho lo que aconteció fue que el retorno de Cossio se originó en una gestión que él (Julio Raffo) emprendió personalmente, cuando advirtió que la ley de amnistía sancionada durante el período de gobierno de Cámpora ⁽¹⁶⁾ alcanzaba cualquier imputación que pudiera habersele hecho en el pasado a Cossio para expulsarlo. Es al amparo de dicha ley que Raffo presentó la solicitud de reingreso de Cossio a la docencia, a la cual se hizo lugar. Que conste pues, la aclaración, que no podía resultar del trabajo de Diego Luna.

II. LA GIRA SUDAMERICANA DE HANS KELSEN EN 1949. EL FRENTE SUR DE LA TEORÍA PURA

II.1. Introducción

Desde el 1 de agosto hasta los primeros días de septiembre de 1949, Kelsen —con casi 68 años— cumplió —junto a su esposa Grete— una agotadora gira por Sudamérica, la cual tuvo como epicentro la ciudad de Buenos Aires, pero que luego incluyó actuaciones en las ciudades de La Plata, en la Argentina; Montevideo, en Uruguay; y Río de Janeiro, en Brasil. Durante los más de treinta días que duró aquella, dictó unas doce conferencias, cosechó un doctorado *honoris causa* y una consulta profesional de cierta relevancia.

Pero estos resultados estadísticos no reflejan ni cercanamente las tensiones que se exteriorizaron en ese acontecimiento: tensiones académicas y políticas, que terminaron provocando rupturas y distanciamientos. Pero también emergió un choque de personalidades y una incompatibilidad epistémica insoslayable.

Este viaje de Kelsen fue presentado en su época de diversas maneras. Para Cossio, Kelsen iba a la Argentina a dialogar con la egología, pero en el fondo anhelaba involucrarlo en la egología; para Kelsen, se trataba de exponer personalmente su teoría, pero terminó siendo una acción fulminante para recomponer el “frente sur” de la teoría pura, que se veía amenazado por el avance de la egología ⁽¹⁷⁾.

En efecto, Cossio había sido el principal difusor del pensamiento kelseniano en Sudamérica, luego de introducir su estudio en la Universidad de La Plata desde que obtuvo el cargo de profesor en 1934.

(16) Ley 20.508, sancionada el 27/5/1973 y promulgada el mismo día, por la cual se amnistiaban “diversos hechos siempre que hayan sido ejecutados hasta el 25/5/73, disponiéndose la libertad de las personas comprendidas en los mismos”; tal era la suma que precedía a la ley.

(17) Como programa de investigación jurídica con vocación universal, la teoría pura debió batirse en varios frentes. En el “frente europeo” se batió con el iusnaturalismo, el sociologismo ingenuo y el realismo escandinavo; en los EE. UU. se batió en el “frente anglosajón”, donde descubre que la analítica inglesa será su aliada estratégica, y el realismo norteamericano su oponente.

Pero, a poco de andar, Cossio desarrolla una interpretación muy particular de la teoría pura, según la cual esta sería una lógica del deber ser y nada más; frente a ella, o complementándola, elabora una teoría egológica del derecho, que desarrolla otros cuatro campos temáticos desconocidos en la teoría pura.

Dotado de una tenacidad enorme, y un buen dominio de la filosofía, Cossio emprende una tarea de difusión y persuasión en torno a sus ideas, con un éxito verdaderamente sorprendente. En poco tiempo logra llamar la atención no solo en las nuevas generaciones argentinas, sino también latinoamericanas, en España y Portugal, y aún más allá, gracias a un aceitado aparato de traducciones.

Al cabo de pocos años, Cossio domina la escena iusfilosófica iberoamericana, con un estilo osado y una fuerza dialéctica inigualable. Subliminalmente, la propuesta de Cossio tenía mucho de reivindicación del orgullo latinoamericano frente a las agotadas culturas del norte. El entusiasmo que inflamó en los jóvenes juristas de toda América, no les permitió aquilatar la imposibilidad de esa versión “autóctona” de la teoría pura. En ella veían conciliar la propuesta teórica del más importante jurista de la vieja Europa, con una “superación” a manos de un autor latinoamericano. A todo ello cabe agregar que el propio Kelsen, quizás acuciado por la necesidad de afianzar seguidores con vistas a su próximo exilio, había brindado claras muestras de aprobación al trabajo de Cossio.

En Berkeley —ya más cerca de América Latina— Kelsen recibió permanentes resonancias de la teoría egológica. Esto debe de haber movido su curiosidad y hasta es posible que haya visto peligrar su influencia en la región. El problema era que Kelsen no comprendía adecuadamente el español, y Cossio no comprendía el alemán ni el inglés. El diálogo solo podría darse en francés, que ambos dominaban muy bien. Pero esta lengua no era precisamente el hogar de la teoría pura ni de la filosofía fenomenológico-existencial que cultivaba Cossio. Todo este desencuentro lingüístico no fue ajeno también a los desencuentros epistemológicos a que dio lugar el “frente sur” de la teoría pura.

Lo cierto es que, concretada la visita de Kelsen, el resultado fue doloroso. Cossio fue desautorizado por su “maestro” en su propio medio, y muchas relaciones quedaron afectadas seriamente. Pero lo más importante, quedó en evidencia que la supuesta amalgama entre egología y teoría pura había sido un terrible malentendido, porque no había conexión posible entre una y otra, como no fuera en cuestiones superficiales.

Leyendo los antecedentes, los tanteos previos, cuesta entender que dos pensadores de la talla de Kelsen y Cossio no hubieran advertido que la alianza resultaba imposible. Aquí solo cabrían explicaciones basadas en la

personalidad de cada uno, y en las estrategias de difusión y adhesión que buscaban ambos pensadores.

La importancia de este acontecimiento ha merecido muchos comentarios en la Argentina y en otros países del ámbito iberoamericano. Sin embargo, es poco conocido en la literatura europea o norteamericana; la propia biografía autorizada de Kelsen dedica unas pocas palabras al punto.

En este trabajo, me propongo contribuir a una mejor comprensión de este evento ahondando en tres dimensiones:

- a) la personalidad de ambos contendores;
- b) la histórica, procurando reconstruir la génesis, contexto y desarrollo de la visita; y
- c) el señalamiento de la incompatibilidad epistemológica entre teoría pura y egología.

II.2. La dimensión subjetiva: dos estilos personales encontrados

Antes de entrar en el encuentro propiamente dicho, será preciso decir dos palabras sobre las personalidades de Kelsen y, en especial, de Carlos Cossio, que es menos conocida.

Kelsen (Praga, 1881 - Berkeley, 1973) provenía de una familia judía de clase media empobrecida. Con rara unanimidad, se le recuerda como un académico riguroso, apegado a estrictos códigos académicos, sobrio, humilde, profesor tolerante, y polemista duro y tozudo, pero que sabía distinguir los afectos de las opiniones.

En sus escritos, rara vez citaba autores que estuvieran de acuerdo con él o lo alabaran; tampoco destinaba a sus colegas lisonjas, ni ditirambos personales. Como buen analítico, su discurso evitaba las metáforas y la retórica esencialista o metafísica, tan característica de los escritores hispanos.

Importa también señalar aquí que, a pesar de su metódico apartamiento de la política, la política se le cruzó permanentemente en su vida, unas como obstáculo y otras como oportunidades. Kelsen no se arredró ante los primeros, y supo aprovechar los segundos. Cada exilio implicó, pues, la ganancia de una nueva lengua, nuevos campos científicos, nuevas culturas jurídicas, nuevos colegas y discípulos. El impacto que esta experiencia de vida ha tenido sobre su concepción de la ciencia es impresionante.

Carlos Cossio (San Miguel de Tucumán, 1903 - Buenos Aires, 1987) había nacido en el seno de una acaudalada familia tradicional, por lo cual “ha-

bía mucho linaje en mi sangre”⁽¹⁸⁾. Tanto en su estilo como en su matriz filosófica, Cossio estaba en las antípodas de Kelsen.

A diferencia de Kelsen, cultivaba un discurso recargado, lleno de apelaciones grandilocuentes, adjetivaciones no siempre justificadas, abundantes metáforas, que distaba mucho del estilo sobrio de la ciencia, que requiere siempre un uso racional del lenguaje. Citaba permanentemente opiniones que elogiaban su obra, y repasaba constantemente la lista de adherentes. Citaba a diestra y siniestra autores, favorables o desfavorables, pero siempre adornados por calificativos rimbombantes (“príncipe de la filosofía del derecho”, “eminente”, “maestro”, “nombre verdaderamente olímpico”, “heraldo”, etc.⁽¹⁹⁾). Su discurso trasuntaba, en suma, una ontología metafísica y una ética idealistas de tipo mesiánico. Desde sus primeros escritos, Cossio se presenta como portador de una visión reveladora de las verdades más profundas y las misiones más trascendentes.

Al igual que Kelsen, su trayectoria académica estuvo sujeta a las vicisitudes políticas, pero de una manera bien distinta. Cossio parece obsesionado por la idea de ser un filósofo en sentido platónico, esto es, ser el filósofo que ilumine y oriente a los titulares del poder. Para apreciar esto, baste con repasar los episodios más conocidos:

- 1932: dirige una carta al presidente de la República, Gral. Agustín P. Justo, sugiriéndole soluciones para el problema universitario⁽²⁰⁾;

- 1933: publica el libro *La Revolución del 6 de Setiembre*⁽²¹⁾ para “iluminar la conciencia del ciudadano en la comprensión profunda de este acontecimiento” y “servir también al político”. Ante la posibilidad de que se redactara una nueva Constitución, Cossio se adelanta a proclamar que “la Argentinidad espera su filósofo y la nueva Constitución su jurista” para cumplir sus “definidas posibilidades respecto a la dirección del mundo”, para concluir que “La Argentina es así una nación europea que todavía no ha encontrado su personalidad”⁽²²⁾;

(18) COSSIO, C., “Carlos Cossio, Correspondencia con Juan Ramón Capella”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2002, nro. 25, ps. 5-46.

(19) Curiosamente, Cossio censura en Recaséns el cultivar ese estilo “sin tasa ni medida”, cuando él mismo lo hacía de esa manera. Cfr. COSSIO, C., “Radiografía de la Teoría egológica del derecho”, con una Introducción a la fenomenología egológica, por Daniel E. Herrendorf, Depalma, Buenos Aires, 1987; y COSSIO, C., “Otoño filosófico en las universidades argentinas”, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y CC. SS. 1987, nro. 48, ps. 315-325.

(20) Agustín P. Justo (1876-1943), presidente de la República (1932-1938), luego de unas elecciones basadas en el famoso “fraude patriótico”.

(21) El 6 de setiembre de 1930 había tenido lugar un golpe de estado militar contra el presidente constitucional Hipólito Yrigoyen, encabezado por el General Uriburu, católico conservador. Uriburu ejerció la presidencia de facto hasta 1932, cuando fue sustituido mediante una elección amañada, por el Gral. Agustín P. Justo, también golpista en 1930.

(22) COSSIO, C., “La Revolución del 6 de Setiembre. Introducción filosófica a su historia y Esquema universal de la política argentina”, Lib. y Edit. La Facultad, Buenos Aires, 1933.

- 1940: carta al presidente Ortiz ⁽²³⁾ proponiéndole una reforma del poder legislativo ⁽²⁴⁾;

- 1949: informe al presidente Perón —a través de su cuñado Juan Duarte— insistiendo en sus ideas para reformar la Constitución ⁽²⁵⁾;

- 1957: publica “La política como conciencia”, intentando una vez más ser escuchado por los detentadores del poder, entonces en manos de la “revolución libertadora” antiperonista. Pero ahora su audacia supera los límites imaginables. Allí no solo justifica su actuación académica bajo el peronismo (bajo la ley de la supervivencia), sino que ahora endilga a los golpistas de 1955 “carencia de temple revolucionario” por no haber dispuesto mediante “juicio sumarísimo” el fusilamiento de Perón y otros 5 dirigentes prominentes de la dictadura, y masivas medidas de confiscación de bienes, destierro e inhabilitación política ⁽²⁶⁾.

Después vendrá su acercamiento al marxismo (en una interpretación muy personal) y finalmente su acercamiento a la guerrilla peronista de izquierda (Montoneros), gracias a lo cual recuperará, aunque de manera efímera, una cátedra en la Universidad de Buenos Aires, entre junio y diciembre de 1973, hasta que, con la vuelta de Perón al poder, una nueva intervención de la Universidad buscará liquidar la influencia de los sectores izquierdistas.

Como puede verse, las trayectorias de Kelsen y Cossio tienen puntos de contacto, pero las diferencias son notables. Kelsen estuvo siempre cerca del poder, llamado como consultor, pero nunca se dejó tentar por él. Por el contrario, Cossio nunca fue llamado como consultor (al menos en el papel a que aspiraba), pero intentó muchas veces poner su filosofía al servicio del poder, sin éxito ninguno.

Se aprecia en todo esto una diferencia más que notable: mientras que Kelsen era un escéptico racional (¿un desencantado?) que conocía el funcionamiento del poder político desde dentro, Cossio tenía ideas mesiánicas, y una fe idealista en torno al poder.

(23) Roberto M. Ortiz (1886-1942), presidente entre 1938 y 1942.

(24) COSSIO, C., “La política como conciencia (Meditación sobre la Argentina de 1955)”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 75.

(25) *ibíd.* Muchas veces he escuchado la versión según la cual Cossio habría intentado —sin éxito— que Perón adoptase la egología como teoría jurídica del justicialismo. No he hallado ninguna evidencia de esta especie, como no fuera este recuerdo que consigna el propio Cossio en su libro. Otro indicio, poco concluyente, por cierto, es que en la biblioteca del Gral. Perón existe un ejemplar del libro de Cossio sobre la “revolución” de 1930 (ver: http://www.mininterior.gov.ar/agn/col_jdp.asp). Más allá de la anécdota, no cabe duda de que la egología podría haber ensamblado con el espíritu de una “argentina potencia” impulsada por el peronismo, pero lo cierto es que Perón había optado ya por otro asesor en filosofía jurídica: el Dr. Arturo E. Sampay (1911-1977), católico populista, antiliberal y admirador de Carl Schmitt, quien a la postre fue el redactor de su Constitución de 1949.

(26) COSSIO, C., “La política como conciencia (...)”, *op. cit.*, p. 119.

Ya tenemos presentados a los protagonistas principales; veamos ahora cómo se gestó y desarrolló el encuentro.

II.3. La dimensión académico-política: escuelas y secuelas

A pesar del prestigio mundial de Kelsen y el renombre de Cossio, su encuentro en Buenos Aires es todavía hoy un acontecimiento poco conocido en el extranjero ⁽²⁷⁾, así como poco documentado en la Argentina ⁽²⁸⁾. Es probable que las heridas dejadas por esta visita llevaran más al olvido que al recuerdo.

Si las diferencias personales permitían vaticinar un diálogo difícil, las luchas de escuela y el contexto político terminaron envenenando el ambiente.

El sentido mismo del viaje era visto de manera diferente por Kelsen y por Cossio. Para el primero, se trataba de conocer de cerca un movimiento intelectual que había difundido de manera impresionante la teoría pura en el mundo iberoamericano, y quizá fortalecer la opinión de sus seguidores más ortodoxos; para Cossio, en cambio, era la ansiada oportunidad de vencer a Kelsen de aceptar su tesis de la “absorción” o “superación” de la teoría pura por la egología.

En suma, parecería que mientras Kelsen solo percibía “una gira” académica más en defensa de su teoría, Cossio soñaba con “un giro” en la teoría pura, que lo posicionara como el sucesor indiscutido de un Kelsen ya anciano.

II.3.a. Antecedentes del viaje (1936-1948)

Cossio había iniciado su correspondencia personal con Kelsen hacia 1936. Desde entonces le envió sus libros y promovió una formidable tarea de traducción de la literatura kelseniana al español, convirtiendo a Buenos Aires en la meca indiscutida del kelsenismo iberoamericano, dado el rezago en que había entrado España bajo el franquismo.

Para la primera traducción completa al español de la *Teoría pura* que habría de aparecer en 1941, Cossio preparó un prólogo insinuando ya su interpretación de la teoría pura como lógica del deber ser, a lo cual Kelsen, faltando pocos días para abandonar Europa, le contestó:

(27) El propio biógrafo de Kelsen, Aladar Métall, le asigna unas pocas líneas en su biografía oficial.

(28) Se desconoce el paradero de los originales de las cuatro conferencias enviados por Kelsen desde Berkeley en diciembre de 1949; tampoco se conoce el destino de los registros magnetofónicos y taquigráficos de las mismas conferencias, así como el destino de la copiosa correspondencia de Cossio, que hubiera echado mucha luz sobre todo este asunto.

“[S]in reservas doy mi consentimiento para la publicación del prefacio cuyo texto usted se ha servido remitirme. Lo encuentro excelente y le agradezco mucho este servicio. No tengo nada que agregarle”.

Ese mismo año, quizás alentado por el espaldarazo de Kelsen en esta carta, Cossio publica la primera exposición orgánica de la teoría egológica, donde sienta la interpretación de la teoría pura como mera “lógica jurídica formal” o “del deber ser”, a la que denominará teoría pura *stricto sensu*.

A partir de esa irrupción oficial de la teoría egológica, Kelsen se ve sometido a un creciente acoso de Cossio y de sus entusiastas seguidores para pronunciarse acerca de la interpretación de su teoría como lógica del deber ser. Entre 1941 y 1948 le hablan de la egología jóvenes juristas latinoamericanos como el cubano Sánchez de Bustamante y Montoro, el colombiano Nieto Arteta, varios juristas argentinos que van a estudiar a Berkeley, e incluso el discípulo de Cossio, Ambrosio Gioja. Por entonces, el discípulo de Kelsen, Joseph Kunz —profesor de la Universidad de Toledo— actuaba como interlocutor de la teoría pura con el “frente sur”, debido a su perfecto dominio del español y de la filosofía iberoamericana ⁽²⁹⁾.

Cossio había confiado en que Gioja explicase a Kelsen los alcances de la teoría egológica, y en definitiva lograrse convencerlo para viajar a la Argentina. La inmejorable impresión que Gioja produjo en Kelsen, así como la anunciada inauguración del nuevo y magnífico edificio de la Facultad de Derecho para el año siguiente, le brindaron a Cossio la oportunidad para conseguir del decano interventor de su facultad, Dr. Carlos M. Lascano, el apoyo necesario para conseguir la invitación oficial y la cobertura de los costos respectivos ⁽³⁰⁾. Es así que, finalmente, hacia mediados de 1948, Kelsen acepta la invitación para visitar la Argentina. Sin embargo, todo esto está rodeado por tensiones político-académicas, y una comedia de desencuentros teóricos.

En lo académico, en la Argentina pugnaban distintas corrientes: había tomistas, seguidores de Schmitt, exiliados de la República española que profesaban ideas de izquierda, y desde luego, un vasto movimiento kelseniano. Pero, y esto era lo más grave, los kelsenianos —que eran mayoría— se

(29) Ver COSSIO, C., “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, Losada, Buenos Aires, 1944, p. 136; NIETO ARTETA, L. E., “Un diálogo con el profesor Kelsen sobre lógica jurídica”, Revista Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 1945, ps. 111 y ss.; COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?”, La Ley, t. 52, 1948, ps. 1075-1081; FERRER VIEYRA, E., “Kelsen en la Universidad de California. Un recuerdo y un homenaje”, Separata de Anales, t. XXXV, Año Académico 1996, Córdoba, 1997, ps. 33-50; GIOJA, A., “Ideas para una filosofía del derecho”, compilado por ENTELMAN, R., Suc. de Ambrosio, Buenos Aires, 1973, p. 85, etc.

(30) He escuchado la versión de que algunos juristas allegados al gobierno peronista tenían el propósito de aprovechar la visita de Kelsen para consagrar académicamente la recién aprobada Constitución peronista de febrero de 1949; pero no he hallado ninguna evidencia documental de tal propósito.

dividían en dos grupos importantes y enfrentados. El primer grupo era sin duda el conformado por Cossio y sus seguidores. Pero el lanzamiento de la egología como superación de la teoría pura y la intervención del peronismo en la universidad argentina produjeron el apartamiento de un sector de kelsenianos partidarios de la ortodoxia de la teoría pura, y radicalmente opuestos al peronismo ⁽³¹⁾; además, en el plano internacional se identificaban con el orden aliado triunfante en la II Guerra Mundial, que recelaba del peronismo por sus vinculaciones con el nazismo. Este último grupo se oponía fuertemente a Cossio por considerarlo un situacionista que contemporizaba con el peronismo, o directamente se le acusaba de ser pro-peronista, dado su comportamiento bajo la universidad intervenida.

Buscando un arreglo equilibrado, se estableció que Kelsen viajaría bajo el patrocinio de tres instituciones:

a) La Facultad de Derecho, que representaba el apoyo oficial a la iniciativa (recordemos que la Universidad estaba intervenida), en la cual dictaría un ciclo de cuatro conferencias bajo el nombre de “Problèmes choisis de la Théorie Pure du Droit”, por lo cual percibiría USD 4.000 ⁽³²⁾.

b) El Colegio de Abogados de Buenos Aires, entidad que oficiaba como reducto de la oposición antiperonista, cuyos miembros eran fundamentalmente simpatizantes de la Unión Cívica Radical, y conservadores. Con ellos se había acordado una conferencia.

c) El Instituto de Filosofía Jurídica y Social ⁽³³⁾, presidido por Cossio, y que nucleaba fundamentalmente a los partidarios de la egología, con el cual también se había acordado una conferencia.

En septiembre de 1948, Kelsen obtiene de la Universidad de California una licencia para preparar sus conferencias ⁽³⁴⁾, luego de haberle renovado su contratación hasta los 70 años.

El anuncio de la visita de Kelsen genera una inusitada ansiedad en los medios académico-jurídicos argentinos, a la luz de las expectativas generadas por Cossio sobre una eventual “conversión” de Kelsen a la egología. Sin embargo, durante estos meses se sucede un intenso intercambio epistolar a cuatro puntas, entre Kelsen, Gioja, Cossio y Kunz, del cual ninguna claridad resulta, salvo que Kelsen sigue rechazando la interpretación egológica.

(31) Esto es válido en general, si pensamos en figuras como Soler, Bruera, Perriau, Gioja, Hermita, Caminos, etc. Pero admite excepciones notorias, como es el caso de Cueto Rúa, que se mantuvo fiel a la egología, no obstante ser un liberal notoriamente antiperonista.

(32) El caché por las conferencias me fue referido verbalmente por el profesor Roberto Vernengo.

(33) Fundado el 10 de octubre de 1938 por Cossio.

(34) MÉTALL, R. A., “Kelsen. Vida y obra”, traducción castellana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976.

El 31 de diciembre, Cossio publica en *La Ley* un artículo anunciando la próxima visita de Kelsen, y da cuenta de esta comedia de enredos que se ha generado en torno de ella. Procurando de alguna manera controlarla, establece una especie de 'agenda' para el debate, sin perder la esperanza de la susodicha rendición kelseniana ⁽³⁵⁾.

II.3.b. Los preparativos del acontecimiento en 1949

Todas estas publicaciones, más una intensa red epistolar tejida en torno a las principales figuras de la teoría del derecho iberoamericana, hicieron que la visita de Kelsen fuese precedida por un singular estado de excitación académica. Cossio se había encargado de difundir debidamente la noticia, generando una gran expectativa a su alrededor. El mundo académico latinoamericano y el europeo fueron informados epistolarmente por Cossio o sus discípulos, y también a través de la publicación de diversos trabajos que preparaban el clima.

Todas las fuerzas estaban tensadas. En Buenos Aires, Cossio preparaba a sus discípulos con seminarios destinados a profundizar en los problemas debatidos por la egología, al tiempo que enfrentaban a sus enemigos internos.

Se sabe que algunos juristas extranjeros viajaron especialmente a Buenos Aires para presenciar la contienda, mientras que otros se hallaban casualmente allí. Lamentablemente, no tenemos noticia cierta de los asistentes, pero es posible que fueran numerosos.

Agregando más expectativa al viaje, cuando todavía Kelsen estaba en Berkeley, los profesores Caminos y Hermida, exalumnos suyos en Berkeley, le escriben una larga carta el 5 de junio de 1949, sugiriéndole que suspenda el viaje, ante la eventualidad de que este sea utilizado con fines propagandísticos por partidarios del gobierno peronista, que era acusado de antide-mocrático. Kelsen les agradece la advertencia, pero les comunica que, habiendo dado su palabra, viajará de todas maneras.

Desde Montevideo, un observador lúcido como Eduardo J. Couture, en carta dirigida a W. Goldschmidt el 22 de julio de 1949, le dice:

"P/S: Me entero por su carta de que Cossio piensa enfrentar a Kelsen en una especie de *match* de Escuela de Viena versus Escuela Ecológica. (...) El caso es grave porque nunca fueron el deporte y la propaganda elementos propicios para el progreso del derecho y me temo que cuando Kelsen se halle '*sur place*' se aperciba de que lo han traído a un ring de box. Espero que

(35) COSSIO, C., "¿Cómo ve Kelsen (...)", op. cit., ps. 1075-1081.

Cossio que es muy inteligente y tiene un sentido fino de la hospitalidad separar estos peligros”⁽³⁶⁾.

En momentos en que Kelsen emprende el viaje desde el puerto de New York, existían diversas tensiones políticas a nivel mundial, regional y local. A nivel mundial, la guerra fría se agitaba por el bloqueo soviético de Berlín, el avance de Mao sobre Pekín y la excomunión decretada por Pío XII contra el comunismo y quienes lo votaran o leyeran su prensa. En Chile y Bolivia se suscitan movilizaciones populares, que la prensa de la época atribuye a la “agitación comunista”. En Montevideo se reúne la Democracia Cristiana de América. En la Argentina, Perón habla duro contra la oposición: “en la República se hace lo que decimos nosotros”.

II.3.c. Las actividades de Kelsen en el Río de la Plata

Kelsen viajó junto a su esposa Grete, a bordo del *liner* SS Argentina, de la compañía Moore-McCormack, haciéndolo en camarote de segunda categoría. Una cronología de su viaje sería de interés, pero excedería los límites de este trabajo. En su lugar vale la pena relatar algunas incidencias y brindar los datos más significativos.

Después de tocar diversos puertos⁽³⁷⁾, la nave entra al Río de la Plata el lunes 1 de agosto, ingresando primeramente al puerto de Montevideo a eso de las 6:30 a. m. Entre las brumas del amanecer esperaban a Kelsen tres personas, que no se conocían entre sí. Por un lado, estaba el profesor Eduardo J. Couture, con el cometido de invitarlo en nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo⁽³⁸⁾, para dictar una conferencia en día próximo a convenir. Los otros dos eran aquellos jóvenes discípulos argentinos (Hugo Caminos y Ernesto Hermida) que en el pasado mes de junio habían intentado disuadirle de que viajara. Kelsen los presenta y luego de desayunar en la nave, Couture los invita a recorrer la ciudad en automóvil, y finalmente almuerzan con otros juristas uruguayos en el Golf Club. El propósito de la presencia de Caminos y Hermida es advertirle a Kelsen que en Buenos Aires se lo quiere utilizar en diversos actos oficiales para prestigiar al gobierno de Perón⁽³⁹⁾. Con el cronograma de actividades a la vista, Kelsen mismo decide suprimir los compromisos no académicos. Por la tarde, a eso de las 18 h, el buque que transporta a Kelsen, al cual se han sumado Caminos y Hermida, sigue viaje hacia Buenos Aires.

(36) Archivo Couture.

(37) El itinerario del *liner* de la Moore-McCormack insumía 38 días y tocaba los puertos de Barbados, Bahía, Río de Janeiro, Santos (San Pablo), Montevideo, terminando en Buenos Aires.

(38) Desde 1958, por ley se denomina Universidad de la República.

(39) Según una versión oral, que no he podido confirmar, algunos juristas vinculados al gobierno habían pensado que Kelsen prestara una suerte de aprobación a la nueva Constitución peronista sancionada en febrero de 1949.

El martes 2 de agosto, por la mañana, llega finalmente Kelsen a Buenos Aires, siendo “saludado a su arribo por la comisión de recepción formada al efecto, integrada por los doctores Cossio, Egusquiza ⁽⁴⁰⁾ y Legón ⁽⁴¹⁾, por profesores y alumnos universitarios y profesionales y figuras descollantes del mundo jurídico capitalino” (*Clarín* del 3/8/1949) ⁽⁴²⁾. Según relata el Dr. Caminos, él y Hermida descienden por una escalerilla distinta de la que utilizaría Kelsen, a fin de que los miembros de la Comitiva Oficial no advirtieran que se les habían adelantado en recibir a Kelsen. Ni bien pisa tierra, un periodista insólitamente “instruido” pide su “opinión acerca de la tesis sustentada por el profesor argentino doctor Cossio, en su libro ‘Teoría egológica del Derecho’”, a lo cual Kelsen respondió: “conozco perfectamente la obra del profesor Cossio que discrepa desde luego con mi teoría pura del derecho, y sobre este particular he de referirme detalladamente en el curso de mis próximas disertaciones” ⁽⁴³⁾.

A partir de aquí, Kelsen cumplirá una intensa agenda compuesta de conferencias, discusiones con Cossio, agasajos de todo tipo, y también tensiones políticas.

El ciclo pactado con la Universidad de Buenos Aires se cumplió tal como estaba previsto. Las cuatro conferencias tuvieron lugar en el salón de Actos del flamante edificio de la Facultad de Derecho, los días viernes 5, miércoles 10, sábado 13 y jueves 18. Se cumplieron a partir de las 18:30 h, mediante la lectura del texto en francés ⁽⁴⁴⁾.

Además, el lunes 8, ante el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica, presidido por Cossio, Kelsen lee “La doctrine du Droit Naturel devant le tribunal de la science”, y el viernes 19, en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, lee “Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law”.

Por otra parte, cuando se fue difundiendo la llegada de Kelsen, diversas universidades de la región intentaron conseguir su presencia. De todos los pedidos, Kelsen solo accedió a tres: la Facultad de Derecho de Montevideo (en Uruguay), la Facultad de Derecho de la Universidad de la Plata (Argenti-

(40) Alfredo Manuel Egusquiza (1900-¿?) era un profundo conocedor de la filosofía kantiana del derecho. Ver Egusquiza, Alfredo, “Kant, su filosofía crítica y el derecho”, Buenos Aires, Emecé, 1949.

(41) Faustino J. Legón (1897-1959), doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Buenos Aires, era profesor de Derecho político (constitucional) en las universidades de La Plata y Buenos Aires, además de asesor jurídico de la Compañía de Jesús.

(42) En una de las pocas fotos que registra la prensa de la época se aprecia a Kelsen y su esposa asomados en la cubierta del buque, portando esta un gran ramo de flores (*El Mundo*, 3/8/1949).

(43) Crónica del diario peronista *El Mundo*, 3/8/1949, p. 7.

(44) Kelsen había traído el texto de sus conferencias, redactado desde Berkeley, pero Cossio afirma que, a partir de la primera conferencia, y fruto de las discusiones con los ególogos, fue introduciendo numerosos cambios, que determinaron, a la postre, que se llevara los originales, con el compromiso de enviar desde Berkeley una versión definitiva. Ver KELSEN-COSSIO, Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura, Buenos Aires, Kraft, 1952, ps. 84-85.

na) y la Fundación Getulio Vargas de Río de Janeiro (Brasil). En todos estos casos, Kelsen recurrió a trabajos recientemente editados.

Cabe agregar que ante el pedido insistente de los kelsenianos antiperonistas, que le reclamaban un gesto que contrapesara el apoyo que su presencia significaba para el oficialismo, Kelsen accedió finalmente a dictar una conferencia en el Salón de Actos del diario opositor *La Prensa*, el día 22. El título de su conferencia fue “The Atlantic Pact and the UN Charter”.

Como ya mencionamos, el lunes 15 Kelsen viajó por la mañana en avión a Montevideo. A las 11 h entra al Paraninfo de la Universidad, donde es ovacionado por unos 300 asistentes ⁽⁴⁵⁾. El discurso de bienvenida está a cargo del Dr. Grompone, catedrático de Filosofía del Derecho ⁽⁴⁶⁾. A continuación lee la conferencia “La doctrine du Droit Naturel devant le tribunal de la science”. En el almuerzo que le brinda un grupo de juristas amigos, Kelsen desliza algunos comentarios que dejan traslucir que algo no iba bien en Buenos Aires. Interrogado por el Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, acerca de la impresión que tenía de la egología, Kelsen respondió: “c’est pas de l’egologie, mais de l’egolatrie” ⁽⁴⁷⁾. En ese mismo almuerzo se le solicita a Kelsen un dictamen en respaldo de la posición uruguaya en un juicio que le sigue el armador de unos barcos italianos capturados durante la guerra ⁽⁴⁸⁾. Alrededor de las 16 h, Kelsen toma el avión de regreso a Buenos Aires. A la noche cena en casa de Cossio; posteriormente, discusión sobre estática y dinámica del derecho ⁽⁴⁹⁾.

Las tensiones académico-políticas en torno a la visita de Kelsen llegan al clímax al día siguiente. En efecto, el martes 16 por la tarde, Kelsen asiste nuevamente al Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social para escuchar la presentación de un trabajo de José Vilanova sobre vigencia y validez del derecho ⁽⁵⁰⁾. El joven discípulo de Cossio, con solo 25 años, presenta una crítica frontal a la distinción kelseniana entre norma y regla de derecho ⁽⁵¹⁾. Luego hay una mesa redonda en la Facultad, donde prosigue la discusión

(45) Hay una foto en la prensa de la tarde, que testimonia la gran concurrencia.

(46) Antonio M. Grompone (1893-1965).

(47) Eduardo Jiménez de Aréchaga (1918-1994), profesor de Derecho Internacional Público (1949), juez de la Corte Internacional de La Haya (1970-1979) y su presidente (1976-1979). Esta anécdota me fue relatada por el Dr. Jiménez de Aréchaga en la entrevista grabada que le hiciera en Montevideo, circa octubre de 1987. Cabe señalar que la misma anécdota aparece mencionada en la entrevista que Danilo Zolo publicara en el *European Journal of Int. Law*, t. 9.

(48) Kelsen se comprometió a emitir la consulta a su regreso en Berkeley, cosa que cumplió el 5/6/1950. El original en alemán fue publicado por el Hans Kelsen-Institut de Viena como “Ein Gutachten Hans Kelsen’s über Verträge zu Gunsten dritter Staaten un deren Transformation in innerstaatliches Recht”, *Özör*, nro. 37, 1986.

(49) Ver KELSEN-COSSIO, op. cit., p. 147.

(50) VILANOVA, J. M., “Vigencia y validez en el derecho (Contribución al estudio de la lógica jurídica trascendental)”, en CABRAL de MONCADA et al., *El hecho del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, ps. 137-156.

(51) Ver KELSEN-COSSIO, op. cit., p. 132.

de la noche anterior. Al igual que en casi todas las reuniones públicas, estaban presentes representantes del grupo de kelsenianos ortodoxos antiperonistas (Perriaux, Soler, etc.), que permanentemente buscaban desacreditar a Cossio ante Kelsen. Esto, sumado a la caprichosa insistencia de Cossio para que este se definiera (según el testimonio de Arístegui), termina enrareciendo totalmente el clima. El propio Cossio da cuenta de esta tirantez consignando que en dicha reunión Kelsen “salpicó el diálogo con algunas *boutades* que algunos recuerdan con regocijo y otros recordamos con mala impresión”⁽⁵²⁾. Algunos testigos confirman el clima tenso, provocado por el acoso de Cossio buscando doblegar a Kelsen, lo cual le habría hecho perder a este la paciencia, todo lo cual hizo que las relaciones terminaran seriamente afectadas (testimonio Arístegui)⁽⁵³⁾.

El jueves 25 por la mañana, Kelsen es despedido en el Decanato de la Facultad de Derecho; están el decano Carlos M. Lascano y Cossio, entre otros⁽⁵⁴⁾. En las primeras horas de la tarde, Kelsen y Sra. parten en un vuelo de la compañía FAMA de aviación, con destino a Río de Janeiro. Según relata el profesor Caminos, la Comisión Oficial llega tarde al Aeropuerto, cuando el avión ya estaba decolando. En otras palabras: el primer contacto y el último estuvieron en manos de la ortodoxia kelseniana.

II.3.d. Actividades de Kelsen en Río de Janeiro

Hasta donde hemos podido averiguar, la visita de Kelsen a Brasil no estaba en sus planes iniciales, concertándose cuando ya estaba en Buenos Aires, según parece desprenderse de un comentario de Cossio⁽⁵⁵⁾.

Gracias al testimonio del profesor Miguel Reale, sabemos que los arreglos habrían sido realizados por el influyente jurista y político Dr. Bilac Pinto⁽⁵⁶⁾. Cabe suponer que también haya participado en su recepción el Dr. Hans Klinghoffer⁽⁵⁷⁾, exalumno de Kelsen en Viena, radicado desde tiempo

(52) KELSEN-COSSIO, op. cit., p. 148.

(53) Una de las *boutades* a que alude Cossio podría corresponder a la anécdota que recoge Atienza en su estudio. En un momento de la discusión, Cossio desafía a Kelsen a que señale un solo ejemplo de conducta en interferencia intersubjetiva que no fuera derecho, para probar la no falsabilidad de esta tesis de la teoría egológica; entonces Kelsen le contestó: “eh bien, mon vieux!; faire l’amour”, lo cual habría sido festejado estentóreamente por el grupo anticossiano, ver ATIENZA, M., “La filosofía del derecho argentina actual”, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 45. Este clima de tensa confrontación es confirmado en la entrevista con Arístegui.

(54) KELSEN-COSSIO, op. cit., p. 87.

(55) *ibíd.*, p. 86.

(56) Olavo Bilac Pinto (1908-1985), renombrado jurista y político brasileño. Fue miembro del Consejo Director del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política, de la Fundación Getulio Vargas, y juez del Supremo Tribunal Federal (1970-1978). Fue propietario de la poderosa editorial Revista Dos Tribunais, jurista, diplomático y político muy influyente.

(57) Hans Klinghoffer (Alemania, 1905 - Jerusalén, 1990), era judío y había estudiado con Kelsen en Viena. Se exilió en Brasil, donde enseñó muchos años. Luego fue contratado como profesor a la Universidad Hebrea de Jerusalén.

atrás en Brasil, y muy allegado en su momento al gobierno de Getulio Vargas.

Ante nuestro requerimiento, el profesor Reale relata su contacto con Kelsen ⁽⁵⁸⁾:

“Dessa viagem tive conhecimento tão somente pelos jornais. Como era natural, fui incontinenti ao Rio de Janeiro para saudá-lo. Em nosso breve encontro, propiciado por Bilac Pinto, falando em francês, convidei-o para ir a São Paulo, a fim de proferir uma conferência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e ser por esta homenageado.

”Escusou-se ele, todavia, alegando cansaço, sobretudo depois de sua experiência com Carlos Cossio, que, segundo ele, pretendia pôr a teoria pura a serviço de sua teoria egológica.

”A visita de Kelsen ao Brasil — tal como se realizou — resumiu-se em sua conferência no Rio, e em nada contribuiu para aumentar a já imensa projeção de seu pensamento nos meios jurídicos nacionais”.

En una conversación que el profesor Mario Losano mantuvo con el profesor Reale a nuestro pedido, sobre este mismo asunto, fue más específico al relatar el estado de ánimo de Kelsen. Según su testimonio, “Miguel Reale telefonò perció a Kelsen, invitandolo anche a São Paulo, ma Kelsen gli diede una risposta - mi disse Reale — ‘del tipo’: ‘Sono stufo (mado) del Sudamerica’. Per questo Kelsen non andò quindi a São Paulo. D’altra parte, a Rio de Janeiro monopolizzarono Kelsen”.

Como vimos, Kelsen había arribado a Río el jueves 25 de agosto, y el lunes 29 dictó una conferencia ante el Núcleo de Derecho Público de la Fundación Getulio Vargas sobre el Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas.

El miércoles 31 de agosto, cumplidas las 3 conferencias pactadas, se le confiere el título de doctor *honoris causa* por la Fundación Getulio Vargas ⁽⁵⁹⁾.

Cumplidas estas actividades, Kelsen retoma el buque de regreso a Nueva York.

II.3.e. Incidencias posteriores al regreso de Kelsen hasta la ruptura

Si bien la situación en Buenos Aires durante la visita de Kelsen se había ido tensando progresivamente, la relación con Cossio no había llegado a su

(58) Miguel Reale (1910-2006), el más importante iusfilósofo brasileño, catedrático de la Universidad de São Paulo.

(59) MÉTALL, R. A., “Kelsen. Vida y obra”, op. cit., p. 103.

momento más crítico; este sobrevendría como consecuencia de acontecimientos posteriores al retorno de Kelsen.

Como era de esperar, luego de su partida, comienza en Buenos Aires y en otros centros filosóficos la publicación de distintas evaluaciones acerca de la polémica Kelsen-Cossio.

La primera en aparecer el 14 de setiembre, es la de Jaime Perriaux ⁽⁶⁰⁾, kelseniano ortodoxo y antiperonista, que trata de demostrar que Cossio fue desautorizado por Kelsen ⁽⁶¹⁾.

El 25 de octubre, Cossio comienza a publicar su “Balance provisional”, que se completa en los dos días siguientes. Seguirá luego una larga lista de artículos, predominantemente favorables a la causa egológica.

Para diciembre —en fecha no especificada— Kelsen hace llegar a la Facultad de Buenos Aires la versión definitiva en francés de sus conferencias. Cossio dice que este ha introducido “considerables ampliaciones” respecto de las que había leído en Buenos Aires, pero que a su juicio no afectan su “Balance provisional” ⁽⁶²⁾.

Sobre fines de 1949, Kelsen escribe a su discípulo Kunz, residente en New York, haciendo un balance revelador de su experiencia en Buenos Aires:

“Mi situación en Buenos Aires no fue demasiado fácil por la razón que las escuelas de Cossio y de Soler se combaten vigorosamente, no solo por razones teóricas, sino también por razones políticas —y ambas dicen que se basan sobre mi teoría pura del derecho. En mis conferencias he puesto de relieve de un modo absolutamente inequívoco las diferencias básicas entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica. En consecuencia, de muchas discusiones con Cossio y sus más íntimos amigos tengo la impresión que la teoría egológica es esencialmente un ensayo de una interpretación fenomenológica del derecho. Pero se entremezclan también series de ideas existencialistas y aún sociológicas. Al mismo tiempo se hace el ensayo infructuoso e imposible de coordinar todo esto con los principios de una teoría normativa del derecho. Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas” ⁽⁶³⁾.

(60) Jaime Perriaux (Argentina, 1920-1978), abogado, estudió filosofía con Ortega y Gasset y realizó estudios de postgrado en EE. UU., entrando luego en contacto con Kelsen, de quien tradujo “Society and Nature” (1943). En sus últimos años apareció fuertemente vinculado al golpe militar de 1976.

(61) PERRIAUX, J., “Balance científico de la visita de Kelsen”, *La Ley*, 14/9/1949, ps. 1-5.

(62) KELSEN-COSSIO, op. cit., ps. 7, 81, 87.

(63) KUNZ, J. L., “La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX”, trad. Luis Recaséns Siches, Losada, Buenos Aires, 1951, p. 226.

Entre 1950 y 1952 Cossio pone a funcionar su impresionante aparato de difusión (que implica traducciones, correspondencia, contactos, etc.) en diversos idiomas, de su “Balance provisional”, lo que generará luego la respuesta de Kelsen en las mismas revistas de Argentina, México, España, Portugal, Brasil y Austria.

El hecho que desencadenará la ruptura formal entre Kelsen y Cossio se origina cuando este decide publicar las cuatro conferencias de Kelsen con el agregado de su “Balance provisional”, más unas cuantas notas al pie y sendas introducciones. Los hechos ocurrieron aproximadamente así. A fines de febrero o comienzos de marzo de 1950, Cossio envía la versión alemana de su “Balance provisional” a Verdross como director de la *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (OZÖR)* ⁽⁶⁴⁾ y al propio Kelsen, en Berkeley. De inmediato Verdross escribe a Kelsen —por ser uno de los editores de la revista—, preguntándole si tiene alguna objeción que hacer a la publicación del artículo de Cossio. Sin haber leído el original, y aun sabiendo que estaba dirigido en su contra, Kelsen responde a Verdross que no tiene ninguna objeción que hacer, habilitando así su publicación. Acto seguido, Kelsen responde a Cossio, diciéndole: “I have been consulted about the publication of your article concerning the balance of my lectures in Argentine. It stands to reason that I gave my consent and I am looking forward to reading it printed, in the excellent translation by Langfelder” ⁽⁶⁵⁾.

Entre tanto, y a la vista de la respuesta de Kelsen, Cossio decide publicar —a mediados de 1952— el multicitado volumen, bajo el nombre Kelsen-Cossio, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura, editado por la Editorial Guillermo Kraft, de Buenos Aires. En él se incluye el texto de las cuatro conferencias de la Facultad de Derecho, traducidas al español, y el “Balance (...)” de Cossio, con adiciones a pie de página.

Cuando Kelsen hubo recibido el número de la OZÖR, conteniendo el “Balance provisional (...)” de Cossio (para entonces ya habría sido enterado de la aparición del Kelsen-Cossio (...)), reacciona con firmeza. En primer término, exige a la Editorial Kraft “que retire de circulación el libro”, dado que se había usado su nombre de forma no autorizada ⁽⁶⁶⁾. La editorial aceptó la

(64) La Revista austríaca de Derecho Público, que Kelsen había fundado en 1913 y que entonces dirigía su exdiscípulo Alfred von Verdross.

(65) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (Respuesta al profesor Hans Kelsen)”, *La Ley*, 1954, tomo 76, p. 760.

(66) Tres cosas objetó Kelsen de esta edición: a) que se pusiera el nombre de Cossio como coautor, lo cual podía generar la idea de que avalaba los juicios de Cossio; b) que se hubiera omitido el texto original en francés, tal como había sido pactado; c) que se hubieran agregado comentarios y notas de Cossio al texto de sus conferencias, ver KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: ‘Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)’”, *La Ley*, t. 72, ps. 749-764. Sobre el segundo punto, véase que —curiosamente— la “Advertencia del Editor” dice: “De acuerdo con el convenio celebrado con la Facultad,

postura de Kelsen, pero ya era tarde, pues como recuerda Cossio, “la totalidad de la edición se vendió en muy pocos meses” ⁽⁶⁷⁾. En segundo término, preparó una respuesta contundente al “Balance provisional (...)” de Cossio, que luego de requerir su traducción, aparecerá publicado en las mismas revistas en que había publicado Cossio su artículo. La versión publicada en *La Ley* de Buenos Aires apareció el 10 de noviembre de 1953 ⁽⁶⁸⁾.

A su vez, Cossio publica “La polémica anti-egológica” ⁽⁶⁹⁾, trabajo en el cual además de contestar a Kelsen, aprovecha para denunciar la conjura de una amplia gama de detractores que se sumaron a la crítica aprovechando su presencia en Buenos Aires. En lo demás, reitera argumentos y repasa sus publicaciones y seguidores. Después vendrán referencias aisladas en sus publicaciones, donde no duda en proclamar, sin sombra de humildad, que “Buenos Aires contempla, en 1949, la muerte de la interpretación kelseniana de la Teoría pura del Derecho y la resurrección de esta, merced a la interpretación egológica, explica ampliamente el interés universal despertado por la Egología” ⁽⁷⁰⁾.

Kelsen también dedicará todavía algunos párrafos en publicaciones posteriores. En la 2ª edición de la *Teoría Pura*, al comienzo mismo del importante cap. III sobre “Derecho y ciencia”, expresa:

“La ciencia del derecho intenta concebir ‘jurídicamente’ su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho”.

Y por si quedara alguna duda, en nota al pie de página, aclara a quiénes está dirigida esta tesis:

“Esta es la posición frente a la llamada teoría ‘egológica’ del derecho, que sostiene que el objeto de la ciencia del derecho no son las normas sino la conducta humana; y frente a la teoría marxista, que considera al derecho como un conjunto de relaciones económicas” ⁽⁷¹⁾.

En sus escritos tardíos, Kelsen se ocupa del trabajo de Cossio “The phenomenology of decision”. Luego de rechazar una vez más su tesis acerca del objeto de la ciencia jurídica, en las extensas notas 30 y 133, Kelsen rechaza

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

(67) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (...)”, op. cit., p. 760.

(68) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta (...)”, op. cit., ps. 749-764.

(69) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (...)”, cit., p. 760.

(70) COSSIO, C., “La valoración jurídica y la ciencia del derecho”, Arayú, Buenos Aires, 1954, 2ª ed., p. XI.

(71) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho”, trad. R. Vernengo, Porrúa, México, 1979, p. 83.

su afirmación de que la sentencia es al mismo tiempo una representación conceptual de una parcela de la experiencia jurisdiccional (es decir, una descripción), y una norma individual (esto es, una prescripción), lo cual constituye claramente una contradicción, pues un acto no puede ser a un mismo tiempo descriptivo y prescriptivo ⁽⁷²⁾.

II.4. La dimensión epistemológica: ¿teoría o retórica?

El tercer aspecto que queríamos destacar se sitúa en el plano epistemológico de las teorías en disputa, y refiere a una cuestión central: la concepción y el uso del lenguaje en ambas teorías ⁽⁷³⁾. En los detenidos análisis de esta polémica que se han producido, no vemos que se haya reparado en ello. Y nos parece que la cuestión lingüística es central a la hora de evaluar el tipo de saber que se quiere construir.

Si bien es cierto que Kelsen al comienzo de sus investigaciones no conocía la moderna teoría lingüística, es indudable que ya intuía el problema del lenguaje. Cuando se instala en el medio anglosajón (después de 1940), advierte rápidamente la similitud de su empeño con el de la analítica inglesa; no es casual que —según propia confesión— la distinción entre norma y enunciado normativo recién logrará expresarla con adecuada claridad en su artículo sobre la analítica inglesa, de 1941. De ahí en adelante, paulatinamente va incorporando una perspectiva lingüística que se hace patente en la segunda edición de la *Teoría pura* de 1960.

Para fundar estas aserciones baste con señalar algunas directivas metodológicas que suponen una comprensión contemporánea del lenguaje:

a) La distinción inicial entre ser y deber ser, que parecía situarse en un plano ontológico, se convierte luego en la distinción entre norma y proposición normativa, de manera que es fácil advertir que se trata de una cuestión epistemológica referida a funciones lingüísticas: prescriptiva en un caso, descriptiva en el otro. El objeto de la ciencia jurídica serán las normas, esto es, el discurso prescriptivo producido por autoridades jurídicas.

b) Esta distinción servirá luego para fundar o garantizar la distinta perspectiva epistemológica en que se sitúan el práctico y el teórico del derecho. Para Kelsen, este mira el derecho “desde afuera”, libre de las valoraciones que necesariamente asume un práctico. Distinción similar a la expuesta por Hart entre “punto de vista interno” y “punto de vista externo”.

(72) KELSEN, H., “Teoria Geral das Normas”, trad. J. F. Duarte, Porto Alegre, SA Fabris, 1986, ps. 372 y 442.

(73) Habría otro gran tema epistemológico que tratar, referido a las decisiones de base, la intuición básica de la cual parten ambas teorías, lo cual no es un hecho menor: para Kelsen la intuición básica es la existencia de un poder social que castiga, para Cossio lo es la libertad. Pero esto excedería largamente los límites de este trabajo.

c) La necesidad de eliminar del discurso jurídico normativo, aquellas expresiones neutras, que carecen de significación normativa, ya sea porque expresan metáforas, ficciones, deseos del legislador, meros contenidos ideológicos, etc. En tales casos, el científico del derecho debe prescindir de tales expresiones y atenerse únicamente a aquellas expresiones a las cuales pueda atribuírseles lógicamente un sentido normativo.

d) La ciencia jurídica debería construir un lenguaje universal para hablar de cualquier sistema jurídico positivo, lo cual implicaba apostar a un elevado grado de formalización de las categorías a utilizar. Solo así podría concebirse una comunidad de teóricos del derecho que rompiera con los condicionamientos nacionales de la dogmática, atada a los fundamentos nacionales de cada sistema legal. Pero, además, implicaba un esfuerzo por superar los condicionamientos de los lenguajes naturales y las culturas subyacentes a ellos.

La trabajosa edificación de un lenguaje riguroso de la ciencia jurídica sobre estas bases, encaminado a una progresiva abstracción y formalización, resultaba amenazado de demolición por el embate egológico.

Por de pronto, Cossio ignoró sistemáticamente ⁽⁷⁴⁾ los avances de la lingüística contemporánea, aun cuando sus resultados eran ya de dominio generalizado.

Como resultado de lo anterior, será inútil buscar en sus escritos un empleo consistente de categorías lingüísticas, como las que permiten distinguir usos o funciones lingüísticas, o el sistemático control semántico del discurso teórico, para denunciar la ambigüedad o la carga emotiva de las expresiones.

Por el contrario, el discurso cossiano implica un retorno al uso metafórico y metafísico del lenguaje; en suma: el uso retórico del lenguaje desplaza al uso descriptivo; la emoción vuelve a desplazar a la razón en la construcción de una supuesta ciencia jurídica. En uno de sus últimos escritos, refiriéndose a la egología, afirma que ha generado “una emoción teórica común” en Latinoamérica ⁽⁷⁵⁾, desconociendo que la tarea central de la ciencia, de todas sus tácticas metodológicas, están guiadas por el propósito estratégico de controlar la emoción, la subjetividad, buscando una esquivo objetividad que debe comenzar por establecer un cierto control del lenguaje a utilizar.

Más aún, en las antípodas de las directivas kelsenianas hacia la universalización de la ciencia jurídica, Cossio soñaba con una teoría del derecho inspirada en sentimientos fuertemente nacionalistas.

(74) Aun cuando seguramente supiera de su existencia.

(75) COSSIO, C., “Radiografía (...)”, cit., p. 320.

Poco antes de la llegada de Kelsen, inflamaba a su auditorio con frases que ubicaban un evento científico en la categoría de un “drama espiritual argentino de alcance internacional” ⁽⁷⁶⁾.

Terminado el debate, al final de su “balance”, estampa esta frase de antología:

“Tengo para mí que hay dos motivos poderosos para interpretar, sin riesgo, la visita de Kelsen (...) como un prólogo apenas, como el bello prólogo de una bella epifanía donde las voces graves del acompañamiento sinfónico van a ser dadas por el maestro generoso, pero donde el cantábile de la partitura ha de ser modulado con acentos argentinos”, para lo cual “hay toda una juventud con el corazón inflamado por la egología” ⁽⁷⁷⁾.

Frente a este tipo de discurso ya no metafísico, sino lisa y llanamente retórico, es lícito preguntarse qué tienen que ver los acentos argentinos, la emoción, el corazón inflamado, etc., con las posibilidades de un abordaje científico del derecho, salvo que se siga pensando en el modelo dogmático de ciencia que Kelsen quería superar, y que, por lo visto, Cossio solo aspiraba a profundizar o “tematizar”, utilizando una metáfora tan cara al discurso metafísico de los filósofos ⁽⁷⁸⁾. Lo que quiero significar no es que esté prohibido utilizar este lenguaje, sino que este resultaba incompatible con las directivas de la teoría pura, y —creo— incompatible con todo propósito de fundar una auténtica ciencia, forzosamente universal.

II.5. Conclusiones

Los resultados del encuentro de Buenos Aires entre Kelsen y Cossio, entre teoría pura y teoría egológica han sido evaluados de distintas maneras; en su momento, los partidarios de una y otra corriente salieron convencidos de haber salido triunfantes. Pero de lo que nadie tuvo dudas es que no hubo el esperado “giro” kelseniano hacia la egología.

Miradas más distantes sugieren que ambas posturas tienen “más coincidencias que discrepancias” ⁽⁷⁹⁾. Pese a este notable esfuerzo por reconstruir racionalmente un debate cargado de irracionalidad, creemos que la conclusión es otra: el intento por debatir quedó sepultado por el clima de confrontación preparado unas veces por el propio Cossio, y otras por los enfrentamientos políticos, muy graves en aquel momento. Más allá de estas

(76) COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen (...)”, cit., p. 1075.

(77) KELSEN-COSSIO, cit., ps. 156-157.

(78) Advierto aquí que no censuro la metafísica en sí, que puede hacerse también con rigor, sino el discurso metafísico, consistente en el uso abusivo del lenguaje, plagado de expresiones cuyo sentido no se explicita nunca, que deriva al final en una filosofía retórica.

(79) MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Teoría pura y teoría egológica del Derecho”, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, t. IV, Madrid, 1987, p. 357.

circunstancias, creemos que la alianza entre egología y teoría pura era un proyecto inviable.

Como aporte a un mejor conocimiento de todas estas circunstancias, hemos dividido nuestra investigación en tres dimensiones: la personal, la académico-política y la epistemológica. Las tres dimensiones contribuyen a la idea de que no se trató ni de un diálogo, ni de una mera exposición, sino de una confrontación a distintos niveles, y en todo caso, el acuerdo tampoco hubiera sido posible, salvo mediante un compromiso retórico ⁽⁸⁰⁾.

En el nivel personal, Kelsen y Cossio eran dos personalidades muy distintas, o mejor antagónicas, que entendían la actividad científica de manera muy divergente.

En la dimensión académico-política se muestra que, si el diálogo ya era difícil, por lo apuntado en la dimensión personal, resultó más oscurecido por el solapamiento de tensiones políticas muy fuertes, derivadas de la confrontación interna entre peronistas y antiperonistas, y la desconfianza que el peronismo generaba en los aliados de la II Guerra Mundial.

Por último, una mirada a la dimensión epistemológica nos permite comprobar que, de todas maneras, la conciliación o complementación entre egología y teoría pura era un proyecto imposible, solo pensable por la audacia intelectual de Cossio, y sustentable en la tenacidad y habilidad dialéctica que demostró para difundirlo y defenderlo. Los supuestos epistemológicos eran tan distantes que su cotejo resulta estéril.

(80) El propio Vilanova, uno de los más conspicuos ególogos, evaluando 40 años después aquella polémica, reconoce que "Cossio [únicamente] podía haber aspirado a que Kelsen aceptase alguna fórmula de compromiso — como algunas que luego se han propuesto— como, por ejemplo, que el derecho (objeto de estudio de la ciencia jurídica) era la conducta en tanto en cuanto contemplada o prevista por las normas jurídicas. Una fórmula de compromiso más o menos anodina que hubiese permitido que Kelsen siguiese hablando de las normas y Cossio de la conducta y hubiese evitado los desagradables enfrentamientos que se sucedieron después de la edición del libro Kelsen-Cossio". Ver VILANOVA, J. M., "Carlos Cossio (1903-1987)", *Lecciones y Ensayos*, nro. 48, Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1987, p. 328.

LAS CONFERENCIAS DE HANS KELSEN EN LA ARGENTINA Y SU DEBATE CON CARLOS COSSIO. ESTUDIO PRELIMINAR 1949-2019

Por Diego Luna (*)

I. UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA EN SU MARCO HISTÓRICO

El profesor de la Universidad Autónoma Metropolitana de México Víctor Alarcón Olguín explica la relación de Hans Kelsen con América Latina de un modo que merece ser tenido en cuenta desde un punto de vista histórico: “Uno de los éxitos de la teoría kelseniana en mucho se debe a la temprana difusión que de sus textos fue emprendida por gente como Luis Legaz y Lacambra, Luis Recaséns Siches (discípulos directos ambos), Carlos Cossio y Eduardo García Máynez. Todos ellos contribuyeron con las traducciones de sus libros, a una cabal difusión de su pensamiento. De ahí quizá que resulte explicativo por qué las tesis kelsenianas mantengan firmes partidarios en nuestro medio. Pero esta relación no solo permanece a través de terceras personas. La relativa cercanía de Kelsen, una vez instalado en los Estados Unidos, facilitó que este visitase en épocas muy diversas América Latina. Las visitas que Kelsen realizó fueron (hasta lo que conoce quien suscribe) a Buenos Aires, Argentina, entre julio y agosto de 1949, donde trató el tema de la ‘Teoría pura del derecho’, la ‘Teoría egológica y problemas del derecho internacional’ (muchos materiales sobre esos temas aparecieron durante ese año y los siguientes en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad de Buenos Aires, gracias a la gestión de Carlos Cossio). En ese mismo periodo también visitó Río de Janeiro, donde impartió

(*) Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; secretario de la “Cátedra Libre Carlos Cossio” de la Universidad Nacional de La Plata; miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Los ejes principales de este trabajo fueron expuestos sintéticamente en la Jornada “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15 de agosto de 2019 y en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019. El texto reproduce el estudio preliminar del libro: KELSEN, Hans y COSSIO, Carlos, “La polémica Kelsen-Cossio. Teoría pura del derecho versus teoría egológica del derecho”, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.

conferencias en la Fundación 'Getulio Vargas'. Kelsen por otra parte, visitó México para impartir cursos en la Facultad de Derecho de la UNAM, durante los meses de marzo-abril de 1960, fecha que coincidió con la aparición de su versión revisada de la *Teoría pura del derecho*. En esto cabe destacar que fue la cristalización de un esfuerzo que no había fructificado en el año de 1943, cuando la propia UNAM, a través de Eduardo García Máynez y Alfonso Noriega Jr., habían invitado a Kelsen para que impartiera en los meses de enero y febrero de aquel año, los 'cursos extraordinarios anuales de invierno'. Habiendo prometido y preparado sus conferencias, Kelsen sufrió a última hora de una serie de problemas que imposibilitaron su venida a nuestro país. No obstante, esto, su trabajo, dedicado a García Máynez, encontró un canal de publicación apropiado" ⁽¹⁾.

A su vez, desde un punto de vista epistemológico, el catedrático de la Universidad de Sevilla Antonio Enrique Pérez Luño identifica tres momentos del pensamiento filosófico jurídico que rechazan desde premisas experienciales o vitalistas, la unilateralidad del formalismo de la teoría pura de Kelsen. El primer momento, según Pérez Luño, se remonta a una época relativamente temprana en el desarrollo científico de la teoría de Kelsen. Formula esa oposición crítica, al iniciarse la década de los años veinte, su discípulo y luego implacable adversario Fritz Sander, quien elaboró una "teoría de la experiencia jurídica" como alternativa al formalismo normativista kelseniano. Sander reprochaba a Kelsen el haber circunscrito el objeto de la ciencia jurídica a la mera dimensión formal de las normas, descuidando la dimensión fáctica del fenómeno jurídico, en cuanto realidad comprobable en la experiencia. El debate mantenido con Cossio representaría el segundo momento de la disputa intelectual entre la pureza metódica y la concepción experiencial del derecho. Cossio inscribe el derecho en el seno de los objetos culturales, siguiendo el estímulo intelectual de la fenomenología y del existencialismo, de modo que el normativismo formalista aparecía como una visión reductivista e insuficiente para captar la dimensión cultural del derecho y su más específica dependencia de la experiencia humana. El tercer momento estaría dado por las disputas intelectuales con Giuseppe Capograssi, quien cuestionaba a Kelsen el intento de ofrecer una explicación del derecho al margen de la historia y de la vida humana, que subyacen a cualquier expresión o experiencia de lo jurídico. De este modo, la teoría pura ofrecería "una imagen espectral" de lo jurídico, una visión irreal, abstracta y distorsionada del derecho ⁽²⁾.

En sentido similar, el jurista polaco Jerzy Wróblewski consideraba la discusión entre Kelsen y Cossio como una especie de continuación, treinta

(1) ALARCÓN OLGUÍN, V., "Hans Kelsen: bitácora de un itinerante", en Oscar CORREAS (comp.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, ps. 25 y 26.

(2) PÉREZ LUÑO, A. E., "Kelsen y Ortega. Positivismo jurídico y raciovitalismo desde la cultura jurídica actual", Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009, ps. 50-52.

años después, de la fuerte polémica entre Sander y Kelsen. La polémica de la teoría egológica del derecho con la teoría pura —decía Wróblewski— “plantea los problemas nodales de la teoría del derecho contemporánea, que van desde los problemas metodológicos hasta la definición del derecho y el papel de la norma jurídica en el conocimiento jurídico”, a la vez que exhibe —como también lo hacen las corrientes del marxismo en la ciencia jurídica— la insuficiencia del examen meramente estructural del derecho entendido como conjunto de normas ⁽³⁾.

El marco conceptual que proponen Pérez Luño, y en cierta medida también Wróblewski, resulta adecuado para comprender el debate suscitado entre Kelsen y Cossio más allá de lo meramente anecdótico, radicándolo en un plano epistemológico más propicio para recuperar lo que de actualidad hubiere para provecho de la discusión contemporánea en la teoría general del derecho. En mi opinión, oponer la teoría pura formalista kelseniana a las tradiciones realistas del derecho o experienciales, permite también advertir en perspectiva que el debate con Cossio fue tal vez la expresión más visible y de mayor resonancia de una serie de observaciones que desde Latinoamérica se dirigían a Kelsen. Advertían, en común, un “ambiente axiológico de la teoría pura del derecho”, al decir del filósofo colombiano Rafael Carrillo Lúquez, en el cual habrían de confluir también, cuanto menos, la obra de Eduardo Nieto Arteta, también en Colombia; las perspectivas trialistas de Miguel Reale en Brasil; de Werner Goldschmidt en la Argentina y de Carlos Fernández Sessarego en Perú; pero también el raciovitalismo de Luis Recaséns Siches en México y, desde luego, los aportes de axiología jurídica de Eduardo García Máynez, también en México ⁽⁴⁾, o bien las observaciones de Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro en Cuba, e incluso el integrativismo de Rafael García Rosquellas en Bolivia quien —según Recaséns Siches— “considera que gracias a la obra de Kelsen, es posible estudiar la forma en cuanto forma y el contenido en cuanto contenido; es posible construir una lógica del Derecho diferente de una axiología y coordinarlas después sin riesgo de confusión” ⁽⁵⁾.

Otro notable jurista colombiano, Carlos Gaviria Díaz, ponderará años más tarde “[e]l deseo inveterado de encontrarle al derecho un fundamento material resurge pleno de vigor y pone sus ojos en el terreno de los valores. En este campo la filosofía jurídica iberoamericana ha logrado preciosas conquistas. En efecto, nuestros más destacados jusfilósofos,

(3) WRÓBLEWSKI, J., “Egologiczna teoria prawa przeciwzystej teorii prawa,” *Panstwo i Prawo*, nro. 8-9, 1959, ps. 298 y 304 (trad. propia).

(4) Sobre el pensamiento kelseniano en México, FLORES, I., “Una visita a Hans Kelsen en México,” *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nro. 8, 2014, ps. 53-94. Sobre el pensamiento de RECASÉNS SICHES, CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., “Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns,” Lima, Palestra, 2016.

(5) RECASÉNS SICHES, L., “El pensamiento filosófico, social, político y jurídico en Hispano-América (continuación),” *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 6, nro. 2, UNAM, 1944, p. 226.

después de haber asimilado con provecho las invaluable enseñanzas de Kelsen —y siguiendo en líneas generales las directrices trazadas por Schreier, Kauffman y Reinach—, han agregado a ellas enfoques axiológicos hechos con verdadera maestría, imprimiéndole cada uno la impronta de su propio pensamiento. Citemos entre los más ilustres a Carlos Cossio, Juan Llambías de Azevedo, Luis Recasens Siches, Miguel Reale y el malogrado Luis Eduardo Nieto Arteta”⁽⁶⁾.

Josef Kunz señaló oportunamente: “[E]n lo que respecta a la teoría del derecho, se puede ver también por toda Latinoamérica una ‘nueva sed de justicia’, un intento de retener los logros teóricos de Kelsen y hasta superarlo en filosofía del derecho. Esta tendencia se hace sentir de por sí en casi todas las repúblicas de la América española, pero los dos países indudablemente directores son México y la Argentina. El deseo de ir más allá de Kelsen, de no quedarse satisfecho con el mero estudio de las formas del derecho, se vale, para obtener su propósito, de la filosofía alemana de la cultura, de la fenomenología de Husserl, de la filosofía de los valores como ha sido desarrollada por Nicolai Hartmann y Max Scheler, y, finalmente, de la filosofía de la vida como la han planteado Martín Heidegger y el filósofo español directivo, José Ortega y Gasset. El resultado de este deseo es principalmente la distinción entre teoría del derecho, donde se sigue a Kelsen, y la filosofía del derecho de los metafísicos, dentro, enteramente, del reino de la axiología jurídica pura. Ante este histórico telón de fondo y sobre este fundamento contemporáneo, es como debemos entender el trabajo de Carlos Cossio, quien, valiéndose de los mismos materiales, llega a un resultado completamente diferente del de los demás filósofos del derecho latino-americanos dirigentes”⁽⁷⁾.

El mismo Kunz dirá: “hallamos en el pensamiento de Cossio muchos de los mismos ingredientes que figuran en otras doctrinas filosófico-jurídicas contemporáneas de la América Latina; solo que los resultados a que Cossio llega son por entero diferentes. Cossio parte del normativismo jurídico de Kelsen (...). Cossio es el más positivista y el menos metafísico de todos los filósofos del Derecho dirigentes de la América Latina de nuestro tiempo. De aquí, su oposición al Derecho natural, su falta de entusiasmo por Scheler y su admiración por la lógica de Husserl, su distinción entre ‘axiología pura’—cuya investigación deja a la metafísica— y los valores positivos encarnados en el Derecho positivo. Tiene en común con Kelsen una actitud polémica para la difusión de su teoría. Desea, mucho más que otros autores, que la

(6) GAVIRIA DÍAZ, C., “Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen”, *Estudios de Derecho*, nro. 60, 1961, p. 373.

(7) KUNZ, J., reseña “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, por Carlos Cossio”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-IV, sec. bibliografía, p. 9. Originalmente en “Review of Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad by Carlos Cossio”, *University of Chicago Law Review*, vol. 12: Iss. 2, 1945, Article 11.

teoría jurídica preste servicio al jurista práctico —abogado, juez o profesor— que se ocupa del orden jurídico positivo”⁽⁸⁾.

Kunz había comprendido y explicado claramente la posición de Cossio en sendas publicaciones⁽⁹⁾, como así también en su monografía *¿Qué es la teoría pura del derecho?*: “Según Cossio, el giro copernicano realizado por Kelsen consiste en haber descubierto una nueva lógica, la lógica del deber ser, sin la cual no era posible hasta ahora una ciencia del derecho; la teoría pura es únicamente instrumento lógico imprescindible para la ciencia dogmática, no ciencia jurídica ella misma. La teoría pura como lógica del derecho es necesariamente formal; su objeto son normas. La ciencia jurídica es, empero, una ciencia empírica cuyo objeto, según Cossio, lo constituye la conducta humana. Como toda ciencia debe manejarse con conceptos; esos conceptos son las normas; las normas son los conceptos con los cuales pensamos la conducta humana. Aquí estamos ante una interpretación nueva y un nuevo desarrollo de la teoría pura del derecho; Cossio logra pasar del ‘normativismo lógico’ kelseniano a su ‘normativismo estimativo’, que ahora llama Teoría egológica del derecho”⁽¹⁰⁾. En palabras de Miguel Reale, “Cossio sintió, con admirable argucia y precisamente por haber vivido intensamente la doctrina de Kelsen, todo el vacío estimativo e histórico de la teoría pura del derecho, su irremediable distancia del problema concreto de la conducta humana. De ahí la idea de concebir la teoría pura como pura lógica formal; como ‘lógica del deber ser’ destinada a la exploración de la conducta jurídica, puesta esta como objeto propio de la ciencia jurídica”⁽¹¹⁾.

Un interesante juicio sobre el esfuerzo de integración de la teoría pura del derecho en un marco más amplio de teoría general del derecho, puede leerse en la opinión del jurista húngaro Barna Horvath: “A medida que surgen nuevas tendencias del pensamiento jurídico en torno a la teoría pura del derecho, se ve desde una mejor perspectiva el logro sobresaliente de Kelsen, al igual que las críticas válidas de su pensamiento y las nuevas líneas de pensamiento jurídico independientes. Aquí puedo tratar solo unas pocas líneas de pensamiento que me parecen particularmente indicativas de la teoría actual como un ‘diálogo con Kelsen’. Este ‘diálogo’ sirve para

(8) KUNZ, J., “La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX” (trad. Luis Recaséns Siches), Buenos Aires, Losada, 1951, p. 211.

(9) “Latin-American Legal Philosophy”, Cambridge, Harvard University Press, 1948; y “Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century”, New York University Law School, 1950. El segundo libro cuenta con una traducción realizada por Luis Recaséns Siches y publicado por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, antes citada.

(10) KUNZ, J., “¿Qué es la teoría pura del derecho?” (trad. Roberto Vernengo), Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, FDyCS UBA, nro. 2, Buenos Aires, 1949, p. 20. Separata del artículo publicado en el nro. 13, aparecido en abril de 1949, de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ps. 313-330.

(11) REALE, M., reseña “Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura. Editorial G. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952, 162 pgs”, Revista Brasileira de Filosofia, vol. II, fasc. 3, 1952, p. 611 (trad. propia).

integrar la doctrina de Kelsen en un marco de referencia más amplio (...). Si Kunz tiene razón en que ‘Cossio solo ha hecho explícito lo que ya estaba implícito en la doctrina de Kelsen’, señala así la misma característica de integración en un marco de referencia más amplio que he reconocido en mis comentarios introductorios, como un resultado significativo de las glosas contemporáneas sobre Kelsen. La teoría pura del derecho, por así decirlo, moldea hechos y valores al contenido normativo y a la delegación normativa por el ingenio lógico de la nomodinámica, mientras que la nomoestática produce contenidos invariables como la paz y el monopolio de la fuerza (minimizando el uso de la fuerza) como la función esencial del derecho. Todo este ingenio lógico está envuelto, por Cossio, en la cubierta de nylon de la teoría egológica. El Derecho está envuelto en los suaves tejidos de la vida humana viviente, con el resultado de que los valores y hechos ‘trascendentes’ se vuelven transparentes en su ‘inmanencia’ y son vistos como alimentadores del ingenio lógico. Para cambiar la metáfora, la melodía de ‘la vida humana viviente’ resuelve la discordia del dualismo metodológico y proporciona el diapasón para la concordia de todos los elementos del Derecho ‘intravital’”⁽¹²⁾.

Desde la óptica retrospectiva de Cossio: “Parecía, por el vigor y el calado de la expansión iusfilosófica iniciada en la Universidad de La Plata, que la América latina había llegado, en este campo, a su mayoría de edad; así lo expresó antes que nadie el eminente criminalista colombiano profesor Mario García Herreros en 1947. Lo cierto es que se había formado una emoción teórica común en nuestro subcontinente y sobre esta base aparecieron varios círculos especulativos de iusfilosofía, algunos concéntricos y otros excéntricos, por lo cual, siendo la emoción común y habiendo tenido aquel origen, el pensamiento egológico apareció siendo *primus inter pares*”⁽¹³⁾. Una vez más viene al caso la palabra autorizada de Kunz, en las célebres conferencias que pronunció en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México en 1948: “La Filosofía del Derecho ha alcanzado en las últimas décadas originalidad y madurez en la América española; ha dejado de ser una mera repetición de ideas europeas; quiere ser latinoamericana, es decir, con las palabras de Risieri Frondizi, original y típicamente latinoamericana; aspira en este campo a la creación de una nueva cultura, verdaderamente latinoamericana. Esta aspiración se halla claramente expresada, por ejemplo, en Carlos Cossio”⁽¹⁴⁾. A los pocos días de regresar de su “gira

(12) HORVATH, B., “Comment on Kelsen”, *Social Research*, vol. 18, nro. 3, 1951, ps. 313 y 330 (trad. propia).

(13) COSSIO, C., “Otoño filosófico en las universidades argentinas”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 48, 1987, p. 320.

(14) KUNZ, J., “La Teoría Pura del Derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, México, UNAM, 1948, ps. 131 y 132. Para Frondizi, la teoría egológica del derecho constituía “el movimiento más serio en el campo de la filosofía del derecho de nuestro país” (FRONDIZI, R., “El punto de partida del filosofar”, Buenos Aires, Losada, 1945, p. 2).

latinoamericana”, como ha sido calificada por Oscar Sarlo, será el propio Kelsen quien calificará, en carta dirigida a Cossio, a la teoría egológica del derecho como “la única y más representativa filosofía jurídica de América Latina” (15).

Kunz había caracterizado el panorama: “La influencia de la obra kelseniana en la América Latina es pues proclamada expresamente por muchos escritores latinoamericanos, y se percibe claramente en sus escritos. Algunas doctrinas de Kelsen, como las de la norma fundamental, de la estructura jerárquica del orden jurídico, de la llamada construcción por escalones, de la personalidad y muchas otras han llegado a ser piedras fundamentales de la Teoría del Derecho. Ciertamente que en la América Latina no faltan ataques contra algunos puntos de la teoría pura del derecho. Se puede hablar aquí de críticas inmanentes. Unas veces tales críticas son erróneas, como, por ejemplo, las de Sebastián Soler. Incluso las observaciones críticas de Juan Llambías de Azevedo no me parece que estén justificadas. Otras veces tales críticas inmanentes están justificadas. Me refiero aquí a la crítica de Luis Recaséns Siches, en lo que se refiere a la posibilidad para el jurista de elegir la norma fundamental, crítica hecha también por Eduardo García Máynez. Pero debo recordar que críticas similares se habían producido hace veinte años o más, en el seno mismo de la Escuela Vienesa. Verdross y yo hemos combatido desde hace largo tiempo esa tesis de la posibilidad de la elección de la norma fundamental por el jurista. Ustedes han visto que Kelsen, impresionado por estas críticas ha abandonado ahora esa tesis en la versión definitiva de 1945. Creo que también las observaciones críticas de Carlos Cossio en lo que toca a la construcción kelseniana de la llamada ‘norma secundaria’, están justificadas. Naturalmente que tales críticas inmanentes y justificadas contribuyen al desarrollo y a la perfección de la teoría pura del derecho”.

Efectivamente, Kelsen se ocupó de responder los cuestionamientos a su teoría pura, no sin dejar de revisar e incluso modificar en ocasiones sus propios puntos de vista sobre algunos aspectos señalados por sus críticos. Por entonces, el posicionamiento general de Kelsen podía leerse, aunque no solo, en el prefacio a la edición castellana de *Society and Nature*:

“Obediente al principio austero de la pureza del método, me vi obligado a separar en esa obra el derecho de la justicia en cuanto sistema de normas diferentes, a saber, morales, y el análisis estructural del derecho de una investigación sociológica de las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, debieran determinar, la formación de las

(15) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “I frequently referred to Cossio’s egological theory, as the only and the most representative legal philosophy of Latin America” (trad. propia). Agradezco muy especialmente al maestro y amigo Julio Gottheil por facilitarme una copia de esta valiosa carta.

normas que llamamos derecho. Ese rigor metodológico ha expuesto mi obra a la objeción superficial pero muy popular de formalismo y logicismo (...) Separar una teoría normativa del derecho de una sociología de los fenómenos que son las causas y efectos del hecho de que los hombres piensen en términos de un derecho determinado y especialmente de una sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella en cuanto ideal, no quiere decir ignorar o negar la existencia y la importancia de esos fenómenos y la legitimidad de una sociología ocupada en esos objetos. Como nunca incurrí en ese error, no hallo contradictorio, ni que sea una evasión a un campo científico demasiado remoto, el que después de haber trabajado en una teoría normativa del derecho, me vuelva a la sociología de la justicia” (16).

Rudolf Métall, amigo, discípulo y biógrafo de Kelsen, caracterizó en 1941 el contexto de expectativa que precedería su visita a Argentina: “El sabio que ha dado cursos y conferencias en París y en Londres, en Berlín y en Bruselas, en La Haya y en Budapest, en Lisboa y en Zurich, no ha visitado aún la América Latina, donde cuenta con tantos admiradores. Pero quizá algún día pueda realizar su íntimo deseo de entrar en contacto personal con sus amigos de la Argentina. Y entonces podrá convencerse no solamente del interés que se consagra a su obra genial, sino también de la sinceridad con la cual se formulan a su persona los más calurosos votos en ocasión de su 60º aniversario” (17).

El profesor uruguayo Oscar Sarlo postula que, con aquel viaje, Kelsen emprendió “una acción fulminante para recomponer el ‘frente sur’ de la teoría pura, que se veía amenazada por el avance de la egología” (18). No comparto la imagen bélica a la que recurre Sarlo, pero indudablemente el paso de Kelsen por la Argentina y su polémica con Cossio se explica por la necesidad de responder a esos cuestionamientos latinoamericanos de los cuales la teoría egológica era el más destacado. Como lo expresan los investigadores de la Universidad de Viena Miriam Gassner y Thomas Olechowski, el desarrollo del pensamiento de Kelsen “en Angloamérica presenta un agudo contraste con Latinoamérica, donde Kelsen hasta la actualidad es uno de los teóricos del derecho más popular, y donde su *Teoría Pura del Derecho* es obligatoria para la cultura jurídica de los estudiantes de varias facultades de derecho. La enorme difusión de la teoría de Kelsen se debe agradecer en alto grado al iusfilósofo argentino Carlos Cossio (1903-

(16) KELSEN, H., “Sociedad y Naturaleza. Una investigación sociológica” (trad. Jaime Perriaux), Buenos Aires, Depalma, 1945, ps. VIII y X.

(17) MÉTALL, R., “El 60 aniversario de Hans Kelsen”, *La Ley*, t. 24, 1941, p. 177.

(18) SARLO, O., “La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El ‘frente sur’ de la teoría pura”, *Ambiente Jurídico*, nro. 12, 2010, p. 402. Así completa Sarlo su panorama, simbolizando poco menos que una “guerra mundial” personal de Kelsen: “la teoría pura debió batirse en varios frentes. En el ‘frente europeo’, se batió con el iusnaturalismo, el sociologismo ingenuo, y el realismo escandinavo; en los EE.UU. se batió en el ‘frente anglosajón’, donde descubre que la analítica inglesa será su aliada estratégica, y el realismo norteamericano su oponente”.

1987), cuya *Teoría Ecológica del Derecho* se entendió como una continuación de la *Teoría Pura del Derecho*, un punto de vista que (...) Kelsen mismo no compartió, y en el año 1949 condujo a una muy publicitada y trascendente discusión entre ambos juristas” (19).

Más allá de los antecedentes remotos, entre los que deben computarse los encuentros de Kelsen en 1941 con el profesor cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro en La Habana (20); y en 1945 con el profesor colombiano Luis Eduardo Nieto Arteta, en Berkeley (21), puede tomarse como punto de partida del debate escrito, tal como lo sugiere el mexicano Fausto Rodríguez García, en el artículo de Cossio “¿Cómo ve Kelsen a la teoría ecológica del derecho?”, publicado en diciembre de 1948 (22). A partir de esa interrogante, auguraba Cossio: “[L]a pregunta que motiva este artículo ha alcanzado un grado de tensión tan cercano a su definición y un volumen tan relevante para el pensamiento argentino, que, se puede vaticinar, estamos en las vísperas promisorias de un acontecimiento intelectual de primer orden para los estudiosos del Derecho” (23).

Es cierto lo que dice Sarlo, en cuanto a que, si bien la importancia de este acontecimiento ha merecido muchos comentarios en la Argentina y en otros países del ámbito iberoamericano, sin embargo, es poco conocido en la literatura europea o norteamericana (24). Por eso considero de interés profundizar en la investigación con fuentes documentales, incluso poco conocidas hasta ahora, para contribuir al conocimiento y reflexión, como así también posibilitar nuevas indagaciones. He optado, entonces, por incluir algunas transcripciones un tanto extensas y pormenorizadas de fuentes prácticamente desconocidas, aunque su lectura pudiera resultar un tanto tediosa, siguiendo el trabajo de Sarlo que tomo como punto de partida.

La revista *Sexto Continente. Revista de Cultura para América Latina*, dirigida por Alicia Eguren y Armando Cascella —por entonces también director del diario *El Argentino* de la ciudad de La Plata—, en su primer número aparecido en julio de 1949 dio cuenta de la inminente visita de Kelsen. En una nota sin firma, en la que claramente puede identificarse la resonancia del planteo de Cossio en su artículo “¿Cómo ve Kelsen (...)?”, se lee:

(19) GASSNER, M. y OLECHOWSKI, T., “Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho — Cossio versus Kelsen” (trad. Carlos Pettoruti), *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, nro. 44, 2014, p. 296.

(20) COSSIO, C., “La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, Buenos Aires, Losada, 1944, p. 136.

(21) NIETO ARTETA, L. E., “Un diálogo con el Profesor Kelsen sobre Lógica Jurídica”, *Revista de la Universidad Nacional*, nro. 3, 1945, ps. 111-131.

(22) COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen a la teoría ecológica del derecho?”, *La Ley*, t. 52, 1948, ps. 1075-1081.

(23) *ibíd.*, p. 1077.

(24) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, *op. cit.*, p. 403.

“Invitado por la Facultad de Derecho de la ciudad de Buenos Aires, Hans Kelsen visitará a mediados de agosto la República Argentina. Su decisión de trasladarse de Estados Unidos a nuestro país tiene especial significado, tanto por las calidades intelectuales del ilustre visitante, cuanto por la singular circunstancia de que su ‘teoría pura del derecho’ —radicalmente desinterpretada por los más destacados juristas— ha encontrado en una dirección del pensamiento jurídico argentino fidelísima interpretación e, incluso, la oposición de un sistema que aprovechando —con rectificaciones— sus fundamentos, se integra, en general, con concepciones propias y valiosas (...) Unos autores reputan que la ‘teoría pura del Derecho’ es ciencia dogmática, o sea, ciencia del Derecho. Otros, por el contrario, insisten en que se trata —preponderantemente— de una investigación de lógica formal. Aceptando la primera tesis, la ciencia del Derecho tendría como objeto las normas jurídicas. Aceptada la segunda posición esas normas jurídicas no serían más que ‘conceptos’ y a la mencionada ciencia cabría descubrirle su ‘objeto’ pues las unidades lógicas, por esencia, se dirigen idealmente a un dato que les sirve de correlato intencional. De esas dos posiciones, la última ha sido trazada y sustentada en la República Argentina por el destacado profesor Carlos Cossio, quien ha creado —en su obra ‘Teoría egológica del Derecho’— una sistematización filosófico-jurídica que, si bien casi coincide con la ‘teoría pura’ en el enfoque lógico del conocer jurídico, señala una temática más amplia y enriquecida que la de Kelsen, y cuyo valor ha sido enaltecido por la adhesión de ilustres estudiosos de América y Europa. Nuestro filósofo mantiene hasta el presente un fundado disenso con aquellos que atribuyen a la obra de Kelsen carácter de hacer científico. Las réplicas y contrarréplicas se han suscitado con inagotable interés, mientras el autor discutido ha permanecido hasta hoy sin un pronunciamiento claro y definitivo. Solo a través de reportajes —no muy precisos— se conocen algunas de sus incompletas apreciaciones. Del polemizado diálogo de los juristas, la tesis defendida y argumentada por la ‘Teoría egológica’ traduce reflexiones muy serias, apoyadas en logros firmes de las investigaciones de Kant y de Husserl, en cuyas filosofías la diferenciación entre concepto y objeto, o sea entre la ciencia y su dato, se muestra inmovible e irremplazable. Con ese vigoroso presupuesto, Cossio ha probado que, aun en el caso de negar Kelsen que la ‘teoría pura’ constituye fundamentalmente lógica jurídica formal, el propio contenido de su obra serviría para desvirtuar su negación. Aunque lo afirmado pueda poner límite a las discrepancias, la incógnita no llegará a tener su total develación hasta que el propio Kelsen se pronuncie. Y he ahí lo más interesante como intercambio cultural entre los hombres: Kelsen viajará desde los Estados Unidos a la Argentina, para sostener con la Escuela egológica argentina, ya un diálogo de contraposición a sus tesis, ya de reconocimiento de sus hallazgos. En esa incógnita se centra un motivo de peculiar atracción; y de la apreciación general de la visita de Kelsen se infiere la importancia que aquella escuela argentina ocupa en la cultura ju-

rídica contemporánea, la altura de sus conquistas, y su sincera decisión de procurar una integración de la labor cognoscitiva sin otra mira que afirmar el progreso de la ciencia”⁽²⁵⁾.

Con este marco de expectativa, Ibáñez de Aldecoa conjeturaba desde España: “Es de suponer que Kelsen no estará en disposición de profesar el egologismo ni de admitir la utilización universal de la lógica que su construcción implica”; sin embargo —sostenía—, “Sería sumamente satisfactorio, que Kelsen hubiera reconocido el egologismo, o por lo menos, hubiera autorizado utilizar su *Teoría como Lógica Jurídica Formal*, lo que no significaría menoscabo de la misma, sino su desplazamiento al plano iusfilosófico correcto”⁽²⁶⁾. Según Vilanova, “[l]a oportunidad deseada de confrontación la buscó y la tuvo Cossio en 1949, cuando el maestro vienés vino a la Argentina (...). Los ególogos más convencidos creíamos que Kelsen se vería forzado a aceptar nuestros puntos de vista. Esto era una ingenuidad disculpable para un joven de veinticinco años como yo, pero quijotesca —según lo veo ahora— para quien como Cossio, había ya pasado los cuarenta”⁽²⁷⁾.

Aquellas expectativas —razonables o ingenuas— no fueron satisfechas en 1949, ni en los años siguientes en que se desarrolló la polémica; más bien todo lo contrario. No caben dudas, como dice Sarlo, de que, si bien el encuentro fue evaluado de diversas maneras, no se produjo el esperado “giro” kelseniano hacia la egología⁽²⁸⁾. Sin embargo, el desarrollo posterior de la teoría del derecho en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del presente siglo siguió discutiendo estos puntos centrales de la filosofía del derecho en un permanente diálogo con Kelsen.

En la presentación que precede a la nueva traducción de la edición vienesa de 1934 de *Teoría Pura del Derecho*, el catedrático de las Islas Baleares, Gregorio Robles afirma: “Es a la ciencia a la que se exige la ‘pureza’ metódica y no al derecho, que es el objeto de conocimiento, el fenómeno que la ciencia ha de conocer. La teoría pura del derecho no es una teoría del derecho ‘puro’. Tal cosa no existe, ya que el derecho siempre posee unos contenidos políticos, morales, económicos, etcétera. Pero si el derecho posee todos esos contenidos, ¿cómo es posible que la teoría pura pueda prescindir de ellos? Por la sencilla razón de que la teoría pura —como teoría general del derecho— se fija tan solo en sus aspectos o conceptos generales. En otras palabras, el objeto de la teoría pura es la investigación de los conceptos y

(25) “La visita del filósofo Kelsen a la Argentina”, Buenos Aires, Sexto Continente, nro. 1, 1949, ps. 81-84.

(26) IBÁÑEZ DE ALDECOA, A., “El derecho como conducta (Mirando desde España la visita de Kelsen a la Argentina)”, en *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 111. Publicado antes en *La Ley*, t. 56, 1949, ps. 876-881.

(27) VILANOVA, J., “Carlos Cossio (1903-1987)”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 48, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 328.

(28) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, *op. cit.*, p. 420.

estructuras formales del derecho en general, y no los contenidos concretos de uno o varios ordenamientos jurídicos particulares. Es, pues, una teoría formalista del derecho. Por eso se la podría denominar también ‘teoría formal’ del derecho” (29).

En esta nueva, aunque no novedosa, relectura de la teoría pura del derecho que ofrece Robles resuena el eco de la reinterpretación egológica: “La teoría pura del Derecho, de Hans Kelsen, parte de un reclamo radical por la pureza metódica. Esto significa que los conceptos jurídicos se han de formar solo con significaciones jurídicas. Kelsen constituye la pureza metódica sobre la base de dos purificaciones. Una primera purificación rechaza todo préstamo conceptual de la Física, la Biología, la Psicología y la Sociología, distinguiendo entre ser y deber ser: se rechaza el ser porque el Derecho es deber ser. Una segunda purificación hace lo mismo respecto de la política, la moral y la religión, distinguiendo entre el deber ser que pretende valer por su intrínseco valor y otro deber ser neutro, que es una mera relación imputativa en cuya virtud se señala que, dado un antecedente, debe ser cierta consecuencia (...). Así, pues, la teoría egológica advierte que esta pureza metódica constituida sobre el nexo lógico de imputación, solo es una Lógica jurídica formal. En contra de lo que se cree, con la teoría de Kelsen no está directamente interesado el Derecho, sino el pensamiento jurídico que lo mienta (...). La enseñanza definitiva de la pureza metódica es que, sin estructura normativa, ningún pensamiento jurídico vale como tal pensamiento jurídico” (30).

En definitiva, y aquí radica una preocupación todavía no resuelta de manera pacífica por la comunidad científica jurídica, como lo expresara el profesor de la Universidad Nacional de La Plata Carlos Pettoruti en una conferencia pronunciada en Viena, en el meollo del debate entre Kelsen y Cossio: “La pregunta principal de toda esta discusión es la siguiente: ¿es posible incluir el problema político y valorativo dentro del ámbito jurídico sin desnaturalizar la objetividad científica del Derecho? este es en cierta forma el debate que se desató con la visita de Hans Kelsen a la Argentina en el año 1949” (31).

(29) ROBLES MORCHÓN, G., “Presentación”, en H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (trad. Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez), Madrid, Trotta, 2011, ps. 19 y 20.

(30) COSSIO, C., *Panorama de la teoría egológica del derecho*, FDyCS-UBA, Buenos Aires, 1949, ps. 22-23.

(31) PETTORUTI, C., “Ser humano y norma. Una perspectiva argentina sobre la Teoría Pura del Derecho”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 13, ICJ FCJyS UNLP, 2015, ps. 229 y 230.

II. COBERTURA DE LA LLEGADA DE KELSEN EN LA PRENSA ESCRITA ARGENTINA

El periódico *El Laborista* se anticipó a anunciar el día anterior:

“Mañana llegará al país, especialmente invitado por la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de Buenos Aires, el profesor Hans Kelsen, relevante personalidad de renombre universal y que dictará toda una serie de conferencias en su especialidad jurídica, la Filosofía del Derecho, en aquella casa de estudios” (“Mañana llega al país un profesor de Derecho”, *El Laborista*, 1/8/1949, p. 4).

Al día siguiente, luego de anunciar en un pequeño pero destacado recuadro de la primera plana: “Ocurrirá hoy. 7:30 horas: En el buque ‘Argentina’ llega el jurista checo Hans Kelsen”, el mismo diario detallaba:

“Hoy, a las 7.30 a bordo del vapor ‘Argentina’ llegará a nuestro país el reputado jurista Hans Kelsen invitado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para pronunciar una serie de conferencias. Con tal motivo, las autoridades de dicha casa de estudios han designado una comisión para dar la bienvenida al profesor Kelsen, comisión que está integrada por los doctores Ramón Alsina, Luis Cossio, Alfredo Egusquiza y Faustino J. Legón.

”Personalidad

”El doctor Kelsen, nació en la ciudad de Praga en 1881. Fue profesor en la universidad de dicha ciudad y, posteriormente, de las de Viena y Colonia, ocupando actualmente la cátedra de su especialidad en la Universidad de Harvard, Estados Unidos. Se lo considera el descubridor de la lógica jurídica y es uno de los autores más fecundos y penetrantes de la época contemporánea en las materias a que se dedica. La visita del doctor Kelsen será de positivos beneficios, por sus profundos conocimientos, que le han otorgado merecida fama universal” (“Llegó hoy al país el jurista Hans Kelsen”, *El Laborista*, 2/8/1949, p. 5).

El diario *El Mundo*:

“Pasajero del transatlántico estadounidense ‘Argentina’, de la Moore McCormack Lines, que procede de Nueva York y escalas arribará hoy a nuestra estación marítima, viaja el doctor Hans Kelsen, profesor de Legislación Internacional de la Universidad de California, miembro de las instituciones jurídicas de más prestigio en el mundo entero y autor de más de 40 libros y 100 artículos y colaboraciones publicadas en diversas revistas de jurisprudencia. Aunque la mención de estos antecedentes bastaría para justificar el renombre universal de que goza el profesor Kelsen cabe agregar que es el creador de la teoría pura del derecho de Viena, que sin discusión constituye el movimiento jurídico más influyente del siglo XX. El distinguido viajero,

que viene especialmente invitado por nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y por el Colegio de Abogados para pronunciar conferencias sobre su especialidad, nació en Praga en el año 1881, graduándose de abogado en la Universidad de Viena en 1906: cinco años después se incorporó como docente en esa casa de estudios, de la que en 1919 fue nombrado profesor titular en la enseñanza del Derecho” (“Llega hoy el profesor Dr. Hans Kelsen eminente jurisconsulto”, *El Mundo*, 2/8/1949, p. 13).

El diario *La Nación* daba otros detalles del arribo del trasatlántico:

“En el desembarcadero de la Dársena Norte amarrará hoy, alrededor de las 7.30, el transatlántico norteamericano Argentina, de la flota de Buena Vecindad. En su travesía desde Nueva York, que desarrolló con escalas en los puertos de Río de Janeiro y Santos, conduce 188 pasajeros de los Estados Unidos, 1723 sacas de correspondencia y un cargamento de mercaderías generales. En dicho navío llegará a Buenos Aires el filósofo del derecho, doctor Hans Kelsen, quien pronunciará una serie de conferencias en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” (“El transatlántico Argentina llegará hoy a la D. Norte”, *La Nación*, 2/8/1949, p. 5).

En la edición de ese mismo día, el diario *Crítica* —fundado por Natalio Botana en 1913 y dirigido para entonces por Salvadora Medina Onrubia— publicó una crónica que incluía una breve e improvisada entrevista realizada a Kelsen apenas arribado al puerto:

“El creador de la ‘teoría pura del Derecho’, que constituye el movimiento jurídico más influyente del siglo que corre, arribó a esta capital a bordo del paquebote Argentina —invitado por el Colegio de Abogados de Buenos Aires, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social— para pronunciar una serie de conferencias. El profesor Hans Kelsen es la personalidad más eminente del mundo jurídico contemporáneo. Redactor de la Constitución de Austria, sancionada en 1920, presidió la Corte Suprema de ese país, desde 1921 a 1929. Posteriormente, fue profesor de la Universidad de Colonia, primero; y luego decano de la Facultad de Derecho, hasta que, por su posición democrática, se vio obligado a abandonar Alemania en 1933, a raíz del advenimiento del nazismo. A poco de descender de la planchada, abordamos al profesor Kelsen, para hilvanar un apresurado reportaje, en medio de los trámites aduaneros.

“*Teoría pura y egológica*”— ¿Tiene conocimiento, profesor, de que en nuestro país existe una tendencia, sustentada por el profesor Carlos Cossio, en su obra ‘Teoría egológica del Derecho’, que disiente en algunos aspectos con su ‘Teoría pura del Derecho’?

“El profesor Kelsen, cortésmente, elude la respuesta directa a la pregunta, pero declara que tiene conocimiento de los trabajos del profesor Cossio.

— En mis disertaciones —declara— me referiré en forma amplia a las relaciones entre la ‘teoría pura’ y la teoría egológica del Derecho.

”Afortunadamente, no’

”En el curso del rápido diálogo, le preguntamos si ha tenido oportunidad de conocer personalmente a Hitler.

— Afortunadamente, no —replica sonriendo— pero, en cambio, he conocido a los dos cancilleres de Austria, Dollfus y Schunigg.

”Y luego, para poner término al interrogatorio, concluye:

— En mis disertaciones en Buenos Aires hablaré con más amplitud de todas estas cosas.

”El profesor Kelsen actuó en la Universidad de Ginebra hasta 1940, año en que abandonó Europa para dirigirse a los Estados Unidos, donde la Universidad de Harvard lo encargó de la famosa cátedra Holmes. Después de adquirir la ciudadanía norteamericana se trasladó a la Universidad de Berkeley, en California, de la cual es profesor en la actualidad.

”En 17 idiomas

”Es autor, entre otras obras, de ‘Problemas capitales de la teoría del Estado’, ‘Teoría pura del Derecho’, ‘Teoría general del Derecho y del Estado’, ‘El Derecho y la paz en las relaciones internacionales’, ‘Sociedad y Naturaleza’, ‘Política de Aristóteles y la política de Alejandro Magno’ y ‘La República de Platón’. Todos estos libros han sido traducidos a diecisiete idiomas, entre ellos el castellano.

”Las conferencias

”El ilustre huésped pronunciará sus disertaciones en francés, en la Facultad de Derecho, los días 5, 10, 13 y 18 del actual; en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social el día 8 del corriente, y en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, en una fecha que será oportunamente fijada” (“Llegó hoy el profesor Kelsen, personalidad eminente del Derecho”, *Crítica*, 2/8/1949, p. 5).

También el diario *La Razón* se hacía eco de la llegada de Kelsen:

“El profesor Hans Kelsen, que viene especialmente invitado por la Facultad de Derecho metropolitana, para dictar varias conferencias, ha sido reconocido como la más destacada figura de la filosofía jurídica actual. Denominado ‘el jurista por antonomasia de la época contemporánea’ y ‘el descubridor de la lógica jurídica’ es autor de la Constitución democrática austríaca de 1920, aún en vigencia; integró la Corte Constitucional de la República, durante diez años; fue consejero del gobierno austrohúngaro antes

de la guerra y del que le sucedió después de ella; acredita una amplia labor de publicista; y es el creador de la 'teoría pura del derecho', llamada también 'Escuela de Derecho de Viena', que constituye el movimiento jurídico más influyente de nuestro siglo. Aguardaba la llegada del doctor Kelsen una comisión integrada por profesores universitarios y al descender, abriendo un claro a los agasajos de que fue objeto, los periodistas le preguntaron si tenía conocimiento de que en nuestro país existen dos tendencias, al parecer ligeramente opuestas, acerca de la teoría de que es creador. —Conozco esa situación, dijo. En mis disertaciones me referiré ampliamente sobre las relaciones puras y la teoría egológica del derecho. Como ya hemos informado el doctor Kelsen tuvo que abandonar su ciudad natal compelido por el avance hitlerista hacia su patria. Por esta razón se le preguntó si había conocido personalmente a Hitler. —Felizmente no, dijo sonriendo. Pero conocí a Dollfus, el pequeño canciller. Ante otras preguntas contestó que todo cuanto tiene que expresar lo dirá en sus conferencias (...) La nota gráfica que interesaba de la llegada de la nave ha podido obtenerse no obstante haber sido dificultada la labor de los fotógrafos por el gerente de la empresa armadora, quien, personalmente, trató de impedir que estos cumplieran con su trabajo" ("El profesor Kelsen, la más destacada figura de la filosofía jurídica contemporánea llegó a B. Aires", *La Razón*, 2/8/1949, p. 3).

El diario *La Época*, un periódico netamente partidista del gobierno, que se denominaba Órgano de la Revolución Nacional, reprodujo también, aunque con matices, las mismas circunstancias, incluso destacó el destrato por parte de la empresa naviera del que daba cuenta el diario *La Razón*:

"Arribó a nuestro puerto el buque 'Argentina'. A bordo del 'Argentina', de Moore McCormack, que amarró esta mañana al puerto de Buenos Aires —desembarcadero de Dársena Norte— llegaron 296 pasajeros en clase única, en su mayoría turistas que permanecerán varios días en el país. La nave había zarpado de Nueva York el 15 de julio y entre el pasaje llegaron el capitán Andrews H. Bergenson, agregado a la embajada de EE. UU. en Buenos Aires; el legislador norteamericano Lambert Cadwalader; el jurista austríaco, ciudadanizado en EE. UU., doctor Hans Kelsen. El profesor Kelsen es autor de la teoría pura del derecho, conocida también como escuela jurídica vienesa.

"Interrogado por los cronistas, acerca de si conocía que en la Argentina existen dos tendencias, al parecer ligeramente opuestas acerca de la teoría de la cual es creador, expresó, eludiendo cortésmente el compromiso de una respuesta categórica, que, en efecto, 'sabía que algo ocurría'. Preguntaron entonces los representantes de la prensa, si en sus disertaciones se referiría a esa cuestión, a lo que contestó el profesor Kelsen: —Hablaré en forma amplia acerca de las relaciones puras del derecho y la teoría egológica del derecho.

"El doctor Kelsen es autor de la Constitución Democrática de Austria, redactada en 1920 y todavía en vigencia. Se encontraba en Colonia, dictando una cátedra en la Universidad de esa ciudad, cuando Hitler asumió el poder en Alemania. Entonces renunció y se fue del país.

"— ¿Conoció personalmente a Hitler, profesor?

"— ¡Afortunadamente no! Pero sí a los cancilleres de Austria, Dellfus y Schuschnaigg. Lo demás que tengo que decir, lo diré en mis disertaciones.

"*Las conferencias de Kelsen*

"El profesor, que llegó esta mañana permanecerá en Buenos Aires hasta fines de agosto y pronunciará sus conferencias en francés los días 5, 10, 13 y 18 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; el día 8, en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Córdoba 1558; y en el Colegio de Abogados de Buenos Aires en una fecha aún no determina (...).

"Dificultades a la prensa

"La labor de los fotógrafos se vio dificultada esta mañana por el gerente de la empresa armadora, quien personalmente trató de impedir que estos cumplieran con su trabajo. Resulta inexplicable, por cierto, esta traba impuesta por un particular a la misión que debe cumplir la prensa" ("El profesor Kelsen, redactor de la Constitución austríaca, llegó hoy", *La Época*, 2/8/1949, p. 5).

Al día siguiente, el diario *El Mundo* —tal como lo reseña también Sarlo⁽³²⁾— recogía parte de la entrevista realizada por el cronista del diario *Crítica* el día anterior:

"Ayer por la mañana arribó a nuestra estación marítima el transatlántico norteamericano 'Argentina', procedente de Nueva York y escalas de la ruta. Entre los 304 pasajeros de clase única de cámara, se hallaba el profesor doctor Hans Kelsen, conceptuado como la figura más prominente de las esferas jurídicas de la actualidad. Un grupo de profesores universitarios e intelectuales argentinos se habían congregado en el andén para dar la bienvenida al ilustre viajero. Su personalidad es como ya decimos mundialmente conocida: nacido en Praga, en 1881, se graduó de abogado en Viena, y tras de perfeccionarse en Alemania, se incorporó en 1911 a la Universidad de Viena, para enseñar allí la teoría del derecho. No solo la cátedra universitaria absorbió su tiempo, ya que se destacó también en la magistratura, pues presidió el más alto tribunal de justicia de Austria desde 1921 hasta 1929, y además redactó la constitución de dicho país, que fue sancionada en 1920 y está aún en vigencia. No paró allí la excepcional capacidad de trabajo e inteligencia

(32) SARLO, O., "La gira sudamericana (...)", op. cit., p. 411.

del profesor Kelsen, por cuanto como publicista es autor de notables volúmenes y de más de 100 colaboraciones. Entre sus libros más difundidos, que suman alrededor de cuarenta, cabe mencionar, 'Teoría pura del Derecho', tesis de la que es exclusivo creador; 'El Derecho y la Paz en las relaciones internacionales', 'Problemas capitales de la teoría del Estado', 'Teoría general del Derecho y del Estado', y muchos otros, algunos de los cuales han sido traducidos a 17 idiomas. En un breve aparte que el Dr. Kelsen mantuvo con los cronistas, nos confirmó que viene especialmente invitado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el Colegio de Abogados local y el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, para pronunciar otros tantos ciclos de conferencias sobre su especialidad. Para las mismas, que serán pronunciadas en francés, se han fijado ya las siguientes fechas: los días 5, 10, 13 y 18 del corriente en la Facultad de Derecho; el día 8 en el Instituto de Filosofía, no habiéndose establecido aún fecha para el Colegio de Abogados. Uno de los periodistas presentes requirió al doctor Kelsen su opinión acerca de la tesis sustentada por el profesor argentino doctor Cossio, en su libro 'Teoría egológica del Derecho'. 'Conozco perfectamente la obra del profesor Cossio —respondió— que discrepa desde luego con mi teoría pura del derecho, y sobre este particular he de referirme detalladamente en el curso de mis próximas disertaciones'" ("Disertará entre nosotros el eminente jurista Dr. Kelsen", *El Mundo*, 3/8/1949, p. 7).

Y también *La Nación* daba cuenta de la llegada de Kelsen a Buenos Aires, aludiendo a sus declaraciones del día anterior:

"Llegó ayer a esta ciudad el doctor Hans Kelsen. Resulta innecesaria la búsqueda de nuevos conceptos en procura de una expresión que pueda distinguir con más justicia a la obra del autor de la 'Teoría pura del derecho' y 'Sociedad y naturaleza'. Su 'Teoría del Estado', no solo conoció la actualidad inmediata que se brinda a la obra nueva, conoció la fuerza que brinda a todo trabajo magno la aparición de continuadores y la adopción unánime de todos los estudiosos. Una delegación de profesores universitarios recibió al ilustre huésped, que pronunciará conferencias en nuestra Facultad de Derecho y que ha venido a nuestro país invitado, además, por el Colegio de Abogados de Buenos Aires. Su pensamiento llegará en la lengua de Francia hasta nosotros por primera vez el viernes próximo, y grande será el interés que despierten sus disertaciones por cuanto conoceremos a través de ellas, como lo ha declarado, su explicación a las disensiones surgidas en nuestro círculo en torno a la teoría pura del derecho. Diez años se cumplirán el próximo, que abandonó la Universidad de Ginebra para viajar a los Estados Unidos y asumir la responsabilidad de la cátedra Holmes en la Universidad de Harvard y adoptar la nacionalidad del país que le brindara nuevo campo a su fervor democrático. Hoy continúa allí, impartiendo los frutos de sus investigaciones en la Universidad de Berkeley, en el Estado de California" ("Llegó ayer el eminente jurista Hans Kelsen", *La Nación*, 3/8/1949, p. 4).

Como puede apreciarse, el arribo de Kelsen acaparó el interés de prácticamente todo el espectro periodístico de la prensa escrita. Aunque incurriendo en algunas notorias imprecisiones, los medios gráficos lo presentaban con las dimensiones de una personalidad internacional de notable relevancia. El “apresurado reportaje” improvisado por el cronista del diario *Crítica* fue reproducido ese mismo día por el diario *La Razón* y al día siguiente, por *El Mundo* y aludido también por *La Nación*. Esas declaraciones de Kelsen a la prensa —“En mis disertaciones me referiré en forma amplia a las relaciones entre la teoría pura y la teoría egológica del Derecho”— motivaron una controversial apreciación de Cossio: “Kelsen no ha venido a recitarnos sus ideas, bien conocidas en el mundo entero, y mejor que en ninguna parte en las universidades argentinas, por toda una generación de jóvenes de excepcional vocación jurídica que aprendieron a repensarlas y no solo a repetir las (...) Kelsen ha venido a dialogar con la Teoría Ecológica; esa ha sido su primera palabra a los periodistas al pisar nuestro suelo”⁽³³⁾. Kelsen le responderá luego: “El señor profesor Cossio afirma que yo he ido a Buenos Aires ‘a dialogar con la teoría egológica y solo a eso’. Esto no es verdad. Yo he ido a la Argentina (...) no a mantener ‘diálogo’ alguno, sino a hablar de unos cuantos problemas seleccionados de la teoría pura del Derecho: es decir, a dar lecciones, no a seguir discusiones”⁽³⁴⁾.

También los diarios de la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, se hicieron eco de la noticia de su llegada: *El Argentino* (“Llegó a Bs. As. el profesor H. Kelsen en el Argentina”, 3/8/1949) y *El Día* (“En el trasatlántico ‘Argentina’ llegó el filósofo Hans Kelsen”, 3/8/1949). La prensa escrita caracterizó a Kelsen de diversos modos, todos elogiosos, tales como: “eminente jurista” (*La Nación*); “la personalidad más eminente del mundo jurídico contemporáneo” (*Crítica*); “la figura más prominente de las esferas jurídicas de la actualidad” (*El Mundo*); “una de las figuras más prestigiosas del mundo jurídico contemporáneo” (*El Argentino*); “eminente jurista y filósofo del derecho contemporáneo” (*El Día*).

Particular referencia merecen los calificativos utilizados por *La Razón*: “la más destacada figura de la filosofía jurídica actual. Denominado ‘el jurista por antonomasia de la época contemporánea’ y ‘el descubridor de la lógica jurídica’”, calificativo también mencionado en *El Laborista*. “El jurista de la época contemporánea” es precisamente el título del conocido ensayo de Cossio dedicado a Kelsen en su homenaje con motivo de sus 60 años⁽³⁵⁾

(33) COSSIO, C., “Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, *La Ley*, t. 56, 1949, p. 836.

(34) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica (Respuesta a Carlos Cossio. Teoría egológica y teoría pura del derecho. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)” (trad. Luis Legaz y Lacambra), *Revista de Estudios Políticos*, nro. 71, sep.-oct., 1953, ps. 3 y 4.

(35) Publicado por primera vez en el diario *La Nación* (12/10/1941), reproducido ese mismo año en la revista *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP* (t. XII) y como anexo

y que motivara aquella alusión de MétaII sobre la sinceridad de “los más calurosos votos en ocasión de su 60º aniversario”. Este ensayo, como lo destacará Elías Benzecry, “tuvo, en su momento, vastas resonancias internas e internacionales, en el mundo de la Filosofía del Derecho, y de la cultura en general. Desde ese entonces Kelsen es conocido por los hombres de Derecho en nuestro país como la personalidad genial de un filósofo especializado, un infatigable polemista, titular de distinciones académicas de alcance universal. Se lo considera el jurista por antonomasia de la época contemporánea, según la calificación precisa formulada por Carlos Cossio”⁽³⁶⁾. En opinión de Julio Raffo, quien fuera discípulo directo de Cossio entre 1964 y 1987, “Cossio supo en 1941 vislumbrar y proclamar antes que nadie la importancia del pensamiento de Kelsen para la filosofía jurídica. Él acuñó la certera frase que después sería repetida por Pound, ella era un llamado de atención y una palabra de orden, por cuanto afirmaba que Kelsen era ‘el jurista de la época contemporánea’. Por la importancia, la trascendencia y los resultados de su obra Cossio es, sin duda, el iusfilósofo de los nuevos horizontes”⁽³⁷⁾.

En aquel ensayo, Cossio atribuía a Kelsen —precisamente— el descubrimiento de la lógica jurídica: “Kelsen es el descubridor de la lógica jurídica; de una lógica que no tiene contactos con la lógica tradicional y que, sin embargo, ha pasado inadvertida ante el estrépito formidable de la lógica aristotélica, única que conocieron los juristas romanos y que, incorporada por estos a los estudios jurídicos, ha gravitado desde entonces sobre estos estudios en la medida en que aquellos jurisconsultos han sido modelos insignes para los científicos de épocas posteriores”⁽³⁸⁾. Así lo explicaba el propio Cossio en la nota publicada poco tiempo después también en *La Nación* y en la que transcribe parcialmente una respuesta de Kelsen: “Me ha emocionado profundamente que usted haya recordado mi 60º aniversario. Me siento orgulloso de que usted, uno de los más eminentes representantes de la cultura latino-americana, estime de tan alta manera mi modesta contribución a la teoría del derecho. El artículo sobre mí que ha tenido la bondad de publicar es excelente. Su interpretación de la teoría pura del derecho es correcta en todo sentido”⁽³⁹⁾.

de la primera edición de *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (Buenos Aires, Losada, 1944).

(36) BENZECRY, E., “Kelsen, el jurista de la época contemporánea - Cincuentenario de un memorable trabajo del profesor Carlos Cossio”, *La Ley*, t. 1999-D, p. 846.

(37) RAFFO, J., “Carlos Cossio, el iusfilósofo de los nuevos horizontes”, *La Ley*, t. 1984-A, p. 743.

(38) COSSIO, C., “Hans Kelsen. El jurista de la época contemporánea”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, t. XII, 2ª parte, La Plata, 1941, p. 537.

(39) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Harvard el 19/10/1941, parcialmente transcripta en “Sobre interpretación de la teoría expuesta por el jurista Kelsen”, *La Nación*, 29/11/1941.

Sobre esta conocida tesis que atribuye a Kelsen, aun a su pesar, el “descubrimiento” de la lógica jurídica ⁽⁴⁰⁾, Cossio dirá años más tarde: “G. von Wright publicó, en enero de 1951 en la revista *Mind*, el primer despliegue sistemático recurriendo a la Lógica simbólica, de la Lógica del deber ser o Lógica normativa así bautizada por mí en 1941 y descubierta por Kelsen sin sospechar lo que él descubría, en 1911. Von Wright la denominó Lógica deóntica” ⁽⁴¹⁾.

Ya había augurado sobre Von Wright en plena polémica con Kelsen: “Me refiero a una Lógica formal rigurosa y consciente de sí misma, tal como se ve esbozada la Lógica del deber ser, en términos logísticos, en el artículo de Georg Von Wright, ‘Deontic Logic’, publicado en la revista *Mind*, en enero de 1951. Este artículo, con las armas de la Logística —bueno es subrayarlo—, servirá para confirmar la interpretación de la teoría pura del derecho que ha dado la teoría egológica desde 1941” ⁽⁴²⁾.

En aquella carta a García Belaúnde de 1979, agregaba Cossio: “yo proclamé la ceguera de Kelsen relativa a la naturaleza y alcance de su descubrimiento, con el siguiente *slogan* que alcanzó amplia difusión en la América Latina y en Europa: ‘hay que hacer kelseniano a Kelsen a pesar de Kelsen’. Kunz la citó irónicamente en su libro sobre la iusfilosofía latinoamericana y se la comunicó a Kelsen, quien lo tomó como una humorada de mi parte al leerla en el libro de aquel; pero cuando Kelsen visitó Buenos Aires en 1949 y advirtió que la frase ‘iba’ en serio, se irritó muchísimo conmigo, azuzado por la gente intelectualmente muy inferior que lo rodeó durante su permanencia entre nosotros” ⁽⁴³⁾.

Cossio alude así, despectivamente con la expresión “gente intelectualmente muy inferior”, al grupo que Sarlo califica de “kelsenianos ortodoxos antiperonistas (Gioja, Perriau, Soler, etc.)” ⁽⁴⁴⁾. Según el testimonio de Abel Aristegui, este grupo hizo un “espectáculo desagradable” intentando desacreditar a Cossio ante Kelsen, permanentemente: “Yo lamenté muchísimo. Lo viví con mucha tristeza lo que estaba pasando. La manera con que lo molestaban. Y sobre todo tuvimos un mal momento porque dieron un espectáculo desagradable. Cuando llega Kelsen (...) a Kelsen lo había invitado Cossio, en definitiva, o la cátedra nuestra: yo era el adjunto de Cossio. Fuimos a esperarlo nosotros a Kelsen. Y fuimos nosotros también los que

(40) Sobre este aspecto puede verse Machado Neto, A., “La lógica deóntica en Kelsen y Cossio” (trad. del francés por Norma Fóscolo), CUYO. Anuario de filosofía argentina y americana, vol. 5, 1969, ps. 35-45.

(41) Carta de Cossio a García Belaúnde, fechada en Buenos Aires el 2/2/1979, transcripta en García Belaúnde, D., “América Latina y los orígenes de la lógica jurídica”, Derecho PUCP, nro. 50, 1996, p. 116.

(42) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (Respuesta al profesor Hans Kelsen)”, *La Ley*, t. 76, 1954, p. 744.

(43) Carta de Cossio a García Belaúnde, op. cit., p. 116.

(44) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 413.

lo ubicamos acá. Bueno y después, entonces, en ese momento Gioja —muy apasionado, muy exaltado— también con otros ‘amigotes’, se dedicó también a azuzarlo en contra de Cossio para hacerle una oposición y a favor de Kelsen, estaban. Y enturbiaron la visita de Kelsen que al final terminó disgustado (...) Gioja con los otros que lo acompañaban, siempre intercalando pullas, impidiendo la conversación. Siempre introduciendo alguna crítica fuera de lugar en la teoría egológica. Era una cosa muy fea” (45).

La percepción de Kelsen no fue ajena a este complejo entramado de relaciones personales, académicas y políticas: “Mi situación en Buenos Aires no fue demasiado fácil por la razón que las escuelas de Cossio y de Soler se combaten vigorosamente, no solo por razones teóricas sino también por razones políticas —y ambas dicen que se basan sobre mi teoría pura del derecho” (46).

Y en lo que respecta a la tensión entre Cossio y Gioja, aparentemente también Kelsen supo del deterioro de esa relación, lo cual motivó que le expresara a Cossio sus deseos de que recompusieran el vínculo: “No estoy muy contento de saber lo que me escribiste sobre tu relación con nuestro amigo en común. Sinceramente espero que la comunidad espiritual que unió al maestro con su más sobresaliente discípulo y amigo, finalmente se restablezca” (47).

En definitiva, y más allá de las delicadas relaciones interpersonales, tal como explica Manuel Atienza, de la Universidad de Alicante, siguiendo en esto a Kunz, en el plano epistemológico, aquella tesis que presenta a la teoría pura del derecho como lógica jurídica formal junto a la definición que la egología hace del derecho como conducta, es lo que terminaría separando a Cossio de Kelsen (48).

III. KELSEN EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

En 1947 se había aprobado el Nuevo Régimen Universitario (ley 13.031) y se habían promovido adecuaciones de los planes de estudio en las diversas universidades argentinas. Carlos María Lascano había sido delegado inter-

(45) Entrevista de Abel Aristegui con el autor, en su casa en la ciudad de La Plata (24/10/2015). Agradezco especialmente a Alejandra Aristegui, por haberme ayudado a contactar y entrevistar a su padre.

(46) Carta de Kelsen a Kunz, parcialmente transcrita en Kunz, J., “La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX” (trad. Luis Recaséns Siches), Buenos Aires, Losada, 1951, p. 226.

(47) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “I am not very pleased to learn what you wrote me about your relation to our common friend. I sincerely hope that the spiritual community that united the master with his most outstanding disciple and friend will finally be re-established” (trad. propia).

(48) ATIENZA, M., “La Filosofía del Derecho argentina actual”, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 49.

ventor primero (1946-1948, con un breve interregno) y luego, electo decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA (1948-1951), donde también había accedido al cargo de profesor de Derecho Comercial. También fue delegado interventor de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA y llegó a ocupar en 1950 el cargo de rector de la misma universidad. Lascano integró la Convención que aprobó la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1949 ⁽⁴⁹⁾. Con la gestión de Lascano se impulsó la reforma del Plan de Estudios e Institutos, que recogería varias de las ideas de Cossio, quien integró la comisión de reforma creada a mediados de 1947. El nuevo plan se aprobó en 1948, para implementarse a partir del siguiente año.

Con motivo de la designación de Lascano como decano, le tocó a Cossio en noviembre de 1948 formular un discurso en representación de los profesores de la Facultad de Derecho:

“Es con júbilo de amanecer, pero también con una rara emoción de otra naturaleza, que traigo aquí la representación de los profesores de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, para brindar por el Dr. Carlos María Lascano, que bien lo merece por su temple de ánimo —aceptó gobernar la Facultad en el momento pavoroso en que ella se incendiaba como un bosque—; que bien lo merece por su tacto y caballerosidad —procedió siempre de frente, parco en la amargura de los momentos amargos y efusivo en la alegría de los trances jubilosos—; que bien lo merece por su pasión universitaria verdaderamente providencial —todos sabemos del torturado celo con que cuidó la provisión de cátedras para rehacer los cuadros de la mejor manera posible—; que bien lo merece por el oro vivo de que está hecho su corazón —esto explica que ser amigo de él signifique tener el orgullo de su amistad. Y por si todo esto fuera poco, todavía habría que decir que bien lo merece por el talento de estadista superior con que ha desempeñado su tarea, al dejar colocada a la Facultad sobre los rieles de su nuevo Plan de Estudios e Institutos” ⁽⁵⁰⁾.

El gobierno de la Facultad de Derecho se integraba con Lucio Moreno Quintana como vicedecano; como secretario, Jorge A. Dávalos, y prosecretario Samuel M. Nóblega Soria. Integraban el Consejo Directivo Lucio Moreno Quintana, Emilio Pasini Costadoat, Elena Julia Palacios, Guillermo Borda, Norberto Gowland, Marcelo Sánchez Sorondo, Osvaldo Pérez Pardo, Alfredo Zuanich, Julio San Millán Almagro y José Caramés Ferro (conseje-

(49) CUELLO, E., “Gestión Lascano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1948-1952)”, en Tulio ORTIZ (coord.), *Nuevos aportes a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones FD UBA, 2014, ps. 183-185.

(50) CUELLO, E., “Puntos salientes de la gestión de Carlos María Lascano como Decano de la FDCS UBA durante el año 1949. Primera Parte”, en Tulio ORTIZ (coord.), *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Enseñanzas de su historia*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones FD UBA, 2015, p. 64.

ros titulares); Carlos Alberto Alcorta, Javier López, Alfredo Molinario, Jesús H. Paz (h), Hernán Pessagno, Jorge Bengolea Zapata, Carlos Moyano Llerena, Carlos Cossio, Manuel Gómez Carrillo y Esteban Oscar Domínguez (consejeros sustitutos); y, finalmente, Augusto Bisso, Antonio Capuano y Enrique Mayochi (representantes estudiantiles) ⁽⁵¹⁾.

El *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho* informó sobre el ciclo de conferencias de Kelsen:

“El 2 de agosto último, arribó a nuestro país —especialmente invitado por esta Facultad—, el profesor doctor Hans Kelsen, maestro mundial del Derecho, especializado en varias de sus ramas, entre ellas las de Filosofía y Sociología Jurídica, Derecho Internacional, Derecho Político e Historia del Derecho. Con tal motivo, las autoridades de esta Casa de Estudios resolvieron designar a los profesores doctores Ramón M. Alsina, Carlos Cossio, Alfredo M. Egusquiza y Faustino J. Legón, para que, constituidos en Comisión, atendieran y agasajaran al ilustre jurista extranjero” ⁽⁵²⁾.

Alsina dirigía el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, mientras que Legón —iusnaturalista escolástico— dirigía el de Derecho Político, Constitucional y de la Administración. Egusquiza era profesor adjunto de la cátedra de Filosofía de la Ciencia del Derecho, a cargo de Cossio. Por entonces era usual que la Facultad de Derecho designara una comitiva de recepción y agasajo de invitados internacionales. En este caso, fue designada con unos 20 días de antelación al arribo de Kelsen, por el decano Lascano, el 13 de julio de 1949, facultando a sus miembros a que “propongan a este Decanato los actos que crean corresponder” y disponiendo, además: “El señor jefe de la Oficina de Intercambio Docente e Informaciones, prestará la debida colaboración a la Comisión designada” ⁽⁵³⁾.

El *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho* detallaba:

“Dicha Comisión trazó un vasto plan de cátedra y agasajos para el profesor Hans Kelsen, el cual fue cumplido en su integridad, tanto en el aspecto de la recepción, visitas, asistencia a Sesiones Científicas en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, etc., del mismo, como en lo referente a las cuatro conferencias que dictó, sucesivamente, los días viernes 5 de agosto, miércoles 10, sábado 13, y jueves 18 del mismo mes, en idioma francés y ante un numeroso y calificado público, el que siguió atentamente las exposiciones del doctor Kelsen. El doctor Hans Kelsen fue muy elogiado

(51) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1949; Cossio, C., “Panorama de la teoría (...)”, op. cit., p. 7.

(52) “Hans Kelsen”, en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 10-11-12, 1949, p. 43.

(53) Res. 512/1949, en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ordenanzas, Resoluciones y Decretos, 1949. Museo y archivo histórico de la Facultad de Derecho de la UBA.

por las altas autoridades del estudio en nuestro país, por la prensa, por los estudiantes y por el público en general”⁽⁵⁴⁾.

El ciclo de conferencias fue publicitado por el diario *La Nación*, en su sección “Universitarias”:

“Especialmente invitado por las autoridades de esta casa de estudios, mañana a las 18.30, el doctor Hans Kelsen iniciará un ciclo de cuatro conferencias, en francés, siendo el tema de la primera, ‘Primer problema fundamental de la teoría pura del derecho’. Las fechas de las siguientes conferencias se han fijado para los días 10, 13 y 18 del actual, a las 18.30” (*La Nación*, 4/8/1949, p. 4).

Un detalle tal vez menor —o no tanto— es que no es correcto, como lo afirma Sarlo, tal vez siguiendo una tradición oral, que las conferencias se desarrollaron en el Salón de Actos⁽⁵⁵⁾, sino que lo fueron en el Aula Magna de la Facultad de Derecho; al menos hasta donde ha podido ser documentado. La denominación es precisa y distingue los dos salones de mayor capacidad del edificio. Mientras el Salón de Actos cuenta con capacidad para unas 900 personas, el Aula Magna alberga poco más de 300. El mito de la tradición oral ha llevado incluso a la prensa argentina (diarios *La Nación* y *Clarín*) a incurrir nuevamente en esa imprecisión, a propósito de la reciente renovación del Salón de Actos, reinaugurado en abril de 2019 con el patrocinio de la Fundación Konex⁽⁵⁶⁾. No hay registros de que Kelsen haya disertado en el Salón de Actos, en cambio sí puede apreciarse en una foto tomada durante la conferencia inaugural, la inconfundible disposición del Aula Magna, que al día de hoy se conserva prácticamente idéntica. Allí puede reconocerse a Cossio sentado al centro de la primera fila, en la que se distinguen también, entre muchos asistentes del abarrotado auditorio, profesores y autoridades de los Institutos de la Facultad: Julio Cueto Rúa, Esteban Ymaz, Alfredo Egusquiza, Ricardo Levene (director de Instituto de Historia del Derecho) y Hugo Alsina (director del Instituto de Enseñanza Práctica)⁽⁵⁷⁾.

Kelsen fue presentado en público por el decano Lascano con estas palabras:

(54) “Ilustres visitantes. Sus conferencias”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Boletín Informativo, nros. 10-11-12, 1949, p. 43.

(55) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 411.

(56) OVSEJEVICH, L. (dir.), “Restauración del Salón de Actos Facultad De Derecho - UBA”, Fundación Buenos Aires, Konex, 2019, p. 22. En esta publicación se incluye una entrevista a Tulio Ortiz, director del Seminario de Historia de la Facultad de Derecho, quien afirma con mayor prudencia: “[C]uando Kelsen vino en agosto de 1949 estuvo en este edificio (...). Es probable que estuviera en el Salón de Actos, en el Aula Magna y en el Instituto de Derecho Político y Constitucional” (p. 93).

(57) “Ilustres visitantes. Sus conferencias”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Boletín Informativo, nros. 10-11-12, 1949, p. 44.

“Señores: En nombre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cábeme el alto honor de saludar a Hans Kelsen, maestro de maestros, en este momento, solemne para los fastos de esta Casa y emocionante para las inquietudes de nuestro corazón, en que él ocupa la cátedra que le brinda la Universidad de Buenos Aires. Y hablo de saludarlo y no de presentarlo, porque nunca como ahora sería más inútil esta segunda tarea, tratándose de un hombre que ha escalado todas las alturas de la fama y de quien los estudiosos de todas las latitudes, tanto y tanto han aprendido y tienen que aprender. Quiero destacar solamente, como una anticipación que sea motivo de responsabilidad y de alborozo para los señores profesores que colman esta sala, y motivo de meditación y de compromiso para los jóvenes estudiantes que me escuchan, que es un noble augurio acerca del destino de la República Argentina, la circunstancia de que la palabra que nos va a dirigir este maestro del mundo, aparezca hoy entretejida, mano a mano, con motivos vernáculos de la más pura Filosofía jurídica, nacidos autóctonamente en la inmensidad austral de nuestras tierras con una aspiración universal (...), pues ello es como si la palabra del profesor Kelsen sellara con sello de plata, el puente de bronce que la más alta cultura europea tiende a las naciones jóvenes de su misma civilización, para que pasen a asumir la parte de responsabilidad que les corresponde en la dirección espiritual del mundo futuro. Ilustre Maestro: ha llegado el anhelado momento de escuchar vuestra voz. Los muros cordiales de esta casa luminosa van a estremecerse sin duda al conjuro mágico de vuestra palabra. Pero quiero deciros que no solo nosotros os escuchamos. Os escuchan también los varones ilustres de nuestra historia universitaria, cuyos retratos habéis visto en las galerías de esta Casa como el testimonio de una herencia que nosotros disfrutamos. Y os escuchan también las nuevas generaciones de la comunidad latina de nuestro Continente, porque desde 1810 en ella juega Buenos Aires el papel amoroso de una hermana mayor, que nunca las olvida y que siempre les remite lo que toca su corazón. Por eso, Maestro, si es de usanza romper el cristal después de los brindis que invocan algo eterno, haced de cuenta que el más fino cristal ha sido roto para escucharos después de mis palabras, ya que cunde por el mundo un augusto clamor de justicia y ya que vos vais a hablarnos del Derecho”⁽⁵⁸⁾.

En las diversas fuentes documentales consultadas se advierte una notable divergencia sobre el título de las conferencias. El *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho* dio cuenta del sumario de los temas abordados en cada conferencia. Según esta fuente, la primera —pronunciada el 5 de agosto— llevó por título “La ciencia del Derecho como ciencia social normativa”, en la cual Kelsen desarrolló estos temas: “Ciencias naturales y ciencias sociales”; “La imputación en el pensamiento jurídico”; “La imputación en

(58) *ibid.*, ps. 44-45. Reproducido también en KELSEN - COSSIO, “Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría pura y teoría egológica”, Buenos Aires, Kraft, 1952, ps. 9 y 10.

el pensamiento primitivo”; “El animismo: una interpretación de la naturaleza”; “Ciencias causales y ciencias normativas”; “Leyes causales y leyes normativas”; “Causalidad e imputación”; “Libertad e imputación”; “Conducta humana y otros hechos como objeto de reglamentación social”; “Normas categóricas”⁽⁵⁹⁾.

No obstante, en los medios de prensa la anunciaron con otro título. Con una foto del conferencista, el diario *El Mundo* informaba:

“Inició ayer sus conferencias en esta capital el Dr. Hans Kelsen, quien disertó en la Facultad de Derecho sobre el tema titulado ‘Primer problema fundamental de la teoría pura del derecho’” (*El Mundo*, 6/8/1949, p. 13).

El diario *La Prensa* dedicó una crónica a la primera conferencia:

“Sobre ‘Primer problema fundamental de la teoría pura del derecho’, el profesor de la materia, doctor Hans Kelsen, inició sus conferencias con el auspicio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y por intermedio de sus institutos de Filosofía del Derecho y de Derecho Político Constitucional y de la Administración. El doctor Kelsen comenzó su disertación refiriéndose a la esencia de la ciencia del derecho e hizo notar que esta es una ciencia social y no una natural. Analizó seguidamente la diferencia entre unas y otras ciencias e hizo notar que las ciencias naturales describen su objeto —la naturaleza— por las leyes naturales o de la naturaleza, que son aplicaciones del principio de la causalidad. ‘La naturaleza, dijo, desde el punto de vista de las ciencias naturales, es un sistema de elementos unidos unos con los otros, como causa y efecto’. En cambio —añadió— las ciencias sociales tienen por objeto la conducta humana, el comportamiento de los seres humanos. Destacó después que mientras una ciencia considere la conducta del hombre determinada por los principios de la causalidad, como por ejemplo la psicología, la etnología y la sociología, esa ciencia no se distinguirá esencialmente de las naturales, pero que hay otras que consideran su objeto, la conducta humana, de una manera totalmente diferente, porque la describen por reglas basadas en otro principio que el de la causalidad; ellas —continuó— consideran la conducta humana en tanto que es reglada por normas emanadas de autoridades religiosas, morales o jurídicas, y no en cuanto esa conducta es determinada por el principio de la causalidad. Prosiguió su exposición el doctor Kelsen y dijo que ‘las ciencias sociales tienen el carácter de ciencias normativas, como la ética, la teología y la jurisprudencia o ciencia del derecho. Un ejemplo característico para ilustrar la diferencia entre la manera en que las ciencias naturales y las normativas describen su objeto, es la ley natural por la cual la física justifica el efecto del calor sobre un cuerpo metálico y la regla de derecho por la cual la jurisprudencia justifica la

(59) “Conferencias de Hans Kelsen. Sus sumarios”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Boletín Informativo, nros. 10-11-12, 1949, p. 217.

consecuencia de un robo; la física dice: si un cuerpo metálico es calentado, se dilata; la jurisprudencia dice: si un hombre comete un robo, debe ser castigado'. Continuando con el estudio del ejemplo expuesto, el conferenciante expresó que en la regla de derecho la conexión entre la condición (el delito) y la consecuencia (la sanción) es establecida por una norma jurídica, es decir, por una norma dictada por una autoridad que es el legislador, pero que la conexión entre la condición y la consecuencia en la ley natural (entre el calor y la expansión en el ejemplo referido) no es establecida por un acto de voluntad humana, porque en este último caso la causa y el efecto son independientes de tal acto. Al terminar su exposición el profesor Kelsen expuso la parte de su doctrina en la que propone designar el principio de conexión entre la condición y la consecuencia en las reglas de derecho y en las otras leyes sociales (morales o religiosas) con la denominación de 'imputación'. Destacó que este principio de la imputación en oposición con el principio de la causalidad, constituye la diferencia esencial entre las ciencias naturales y las sociales normativas" ("El doctor Hans Kelsen dio su primera conferencia en la Facultad de Derecho", *La Prensa*, 7/8/1949, p. 6).

Si bien el diario *La Nación* anunciaba la segunda conferencia de Kelsen, pronunciada el 10 de agosto como "Segundo problema fundamental de la teoría pura del derecho" (*La Nación*, 10/8/1949, p. 6), resulta llamativo el título con el que el diario *La Prensa* la anunció el mismo día:

"La libertad de la conducta en el primer cotejo concreto con la egología', por el profesor Hans Kelsen; en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, a las 18.30" ("Conferencias", *La Prensa*, 10/8/1949, p. 8).

Ese mismo título consta en el *Boletín mensual de la Universidad de Buenos Aires*, en el que se lee también otra alusión a la egología en el título de la primera, pero que no aparece en ninguno de los medios gráficos consultados: "Cotejo entre la teoría pura y la teoría egológica en lo que concierne a cuál es el objeto que el jurista quiere conocer" ⁽⁶⁰⁾. Es posible que la fuente de información del diario *La Prensa* fuera, precisamente, la brindada institucionalmente por la UBA, ya que días más tarde daba cuenta de su contenido en una breve reseña en la que reiteraba ese particular y significativo título:

"En la Facultad de Derecho pronunció el profesor Hans Kelsen la segunda conferencia en nuestro país que versó sobre 'La libertad de la conducta en el primer cotejo concreto con la Egología'. El orador continuó el examen

(60) "Por su parte, el destacado filósofo doctor Hans Kelsen, cumplió —también durante el mes de agosto— el siguiente ciclo de disertaciones sobre los distintos problemas fundamentales de la teoría pura del derecho: viernes 5: 'Cotejo entre la teoría pura y la teoría egológica en lo que concierne a cuál es el objeto que el jurista quiere conocer'. Miércoles 10: 'La libertad de la conducta en el primer cotejo concreto con la egología'. Sábado 13: 'Tercer problema fundamental de la teoría pura del derecho'. Jueves 18: 'La sanción y la norma'. Vid. "Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Conferencias", *Universidad de Buenos Aires. Boletín*, Año 3, nro. 34, agosto 1949, p. 333.

en la conferencia anterior, de la diferencia entre las ciencias naturales, si se describe su objeto según el principio de la causalidad, y las ciencias sociales normativas, analizando sus fines de acuerdo al principio de la imputación. Después de dejar establecido que el derecho es una ciencia social normativa, el profesor Kelsen discutió el problema del objeto específico de esa ciencia, y dijo que ella no tiene por objeto la conducta humana sino en tanto esa conducta es determinada por normas jurídicas. ‘En este punto —terminó diciendo el orador— mi teoría difiere de la del profesor Cossio, quien sostiene que el objeto del derecho no son las normas jurídicas, sino la conducta humana’ (“Sobre la libertad de la conducta disertó el profesor Hans Kelsen”, *La Prensa*, 12/8/1949, p. 8).

No obstante esas divergencias, el *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho* la reseña con el título “El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho”, en la que Kelsen habría desarrollado los siguientes subtemas: “El aspecto estático del Derecho”; “El aspecto dinámico del Derecho”; “Las normas jurídicas y la razón de su validez”; “La norma fundamental”; “Las reglas de Derecho y las reglas jurídicas”; “La regla de Derecho en cuanto ley social”; “Derecho positivo y Derecho natural”; “Derecho y moral”; “Teoría del Derecho y lógica del pensamiento normativo” ⁽⁶¹⁾.

Más allá de la curiosidad relativa al título, resulta evidente el especial interés que despertó en Cossio esta conferencia en la que Kelsen confrontó directamente una de las tesis centrales de la teoría egológica del derecho. Este sería el tema de su disertación dos semanas más tarde en la ciudad de La Plata, bajo el título: “La teoría pura del derecho y el problema de la conducta”. Tal vez a ello se deba que esta conferencia de Kelsen fuera la primera de las cuatro en publicarse a los pocos meses, en el primer número del año siguiente, en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, dirigida por Mario Amadeo ⁽⁶²⁾. Aunque en esa primera publicación no se indicaba el nombre del traductor, todo indica que se trató del propio Cossio, puesto que el texto es idéntico al que publicara dos años más tarde en el libro editado por Kraft, donde sí aparece como traductor.

La publicación de la segunda conferencia motivó, a su vez, un comentario de Legaz y Lacambra en la *Revista de Estudios Políticos*, de Madrid. Decía allí Legaz:

“Este artículo es una de las conferencias dadas por Kelsen el año pasado en la Universidad de Buenos Aires, que ha motivado una contestación polémica por parte de Carlos Cossio, expresada en el Balance publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, nro. 48, 1949. Es de gran interés, porque en él Kel-

(61) “Conferencias de Hans Kelsen. Sus sumarios”, op. cit., ps. 217 y 218.

(62) KELSEN, H., “El Derecho como objeto de la Ciencia del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año V, nro. 18, enero-abril 1950, ps. 17-38.

sen expone sus puntos de vista fundamentales en relación con el Derecho y la ciencia jurídica, tal como los ha ido desarrollando en los últimos años, sobre todo a partir de la publicación en 1945 de la *General Theory of Law and State*, y que, en parte, representan una rectificación de sus teorías más conocidas en nuestro Continente, expuestas en los ‘Hauptprobleme (...)’ de 1911 y la ‘Staatslehre’ de 1925, y en las traducciones y resúmenes castellanos de estas obras. En el artículo en cuestión Kelsen reafirma su normativismo. El objeto de la ciencia del Derecho es el Derecho como norma (...). Kelsen rechaza la tesis egológica, que convierte a las normas en simples instrumentos del conocimiento jurídico. Ningún acto de conducta humana tiene *per se* el sentido objetivo de un acto jurídico —creador o ejecutor de una norma— si no se recurre a la hipótesis de la norma fundamental, sin la cual no es posible ni ciencia del Derecho ni interpretación jurídica de las relaciones interindividuales (...). Luego reafirma Kelsen sus conocidas posiciones sobre la distinción entre ‘imputación normativa’ y ‘causalidad’ y sobre el sentido puramente formal del deber ser, así como su oposición al Derecho natural, para terminar señalando que lo que diferencia el Derecho de los otros órdenes sociales normativos es no solo una forma, sino un contenido: la organización social humana de las sanciones. Aquí surge de nuevo la polémica con Cossio, pues para Kelsen la teoría pura del Derecho no puede ser solo una lógica jurídica formal. La forma lógica de la regla de Derecho es la de las leyes sociales normativas, de las cuales la regla de Derecho es solo un caso particular. Pero este no es el único problema de la ciencia del Derecho, pues hay la cuestión concerniente al contenido específico de las reglas de Derecho, y eso ya no es un problema de lógica”⁽⁶³⁾.

El título de la tercera conferencia anunciado por *La Nación* coincide con el del *Boletín de la Universidad de Buenos Aires*: “Tercer problema fundamental de la teoría pura del derecho” (*La Nación*, 13/8/1949, p. 6). Pero según el *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho*, esta conferencia pronunciada el 13 de agosto habría llevado por título “El Derecho como orden constrictivo”, en la que Kelsen habló de estos tópicos: “El Derecho y la paz”; “Los elementos jurídicamente indiferentes”; “Derecho y fuerza”; “La norma secundaria”; “La obligación jurídica”; “El Derecho definido como un sistema de normas sancionadas por autoridades específicas”; “Obligación e imputación”⁽⁶⁴⁾.

No pude dar con crónicas de esta conferencia en los periódicos consultados. No obstante, a ella se refirió Cossio: “[E]ste proceso de reelaboración de sus textos —que denota en Kelsen su horror a la palabra *ex cathedra* y su humildad científica para hablar a conciencia— explica la defraudación de

(63) LEGAZ y LACAMBRA, L., reseña “Kelsen, Hans: El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, nro. 54, 1950, ps. 304-306.

(64) “Conferencias de Hans Kelsen. Sus sumarios”, *op. cit.*, p. 218.

cierta parte del público con la tercera conferencia, pues Kelsen había concluido la segunda con la frase de que la próxima sería 'la causa Cossio contra Kelsen', para defender a la teoría pura de críticas muy serias hechas por la Teoría Ecológica; y la tercera salió a luz sin ninguna discusión de aquellos argumentos críticos, presentando solamente la exposición de algunos puntos fundamentales de la teoría pura" (65). Perriau recuerda: "Como se sabe, una de las tesis centrales de la teoría 'egológica' era que la teoría pura del derecho, esto es, la teoría kelseniana, no era una teoría general del derecho positivo, sino una lógica nueva, la lógica jurídica formal. En su tercera conferencia Kelsen fue terminante: su teoría es teoría general de derecho, y de ninguna manera lógica jurídica formal" (66). Kelsen reafirmará luego su punto de vista en la réplica a Cossio: "Yo afirmo que, en mi opinión, la teoría pura del Derecho es una teoría general del Derecho, que contiene ciertas consideraciones lógicas, en particular aquellas que se refieren a la relación entre supuesto y consecuencia en la proposición jurídica o al sentido del deber ser, o aquellas otras que tienden a la aplicación del principio de contradicción a las proposiciones de deber ser (...). La teoría ecológica está en su derecho de no tomar de la teoría pura del Derecho más que estas consideraciones lógicas en ella contenidas; y yo no he afirmado nunca que la teoría ecológica haya tomado otra cosa de la teoría pura del Derecho, porque ni siquiera he afirmado jamás que haya tomado cosa alguna de ella (...). De que la teoría ecológica, como dice el profesor Cossio, solo acepte las consideraciones lógico-jurídicas de la teoría pura del Derecho, no se sigue que aquella tenga el derecho de declarar válidas como teoría pura del Derecho solo aquellas consideraciones lógicas, si por teoría pura del Derecho entiende lo mismo que entiende esta" (67).

El diario *La Nación* anunció la cuarta conferencia, pronunciada el 18 de agosto, con el título: "Cuarto problema fundamental de la teoría pura del derecho" (*La Nación*, 18/8/1949, p. 4). Según el *Boletín de la Universidad de Buenos Aires*, esta conferencia llevó por título "La sanción y la norma", aunque de acuerdo con el *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho*, la conferencia tocó los siguientes puntos, bajo el título "El Derecho como orden constrictivo" (continuación): "La transgresión como condición de la sanción"; "La responsabilidad"; "Responsabilidad individual y colectiva"; "Responsabilidad y obligación" (68).

También Perriau se refirió a esta conferencia: "En la cuarta conferencia se oyó algo que aparentemente contradecía en parte lo de la tercera: la teoría pura del derecho, al estudiar el principio de imputación, que es un principio lógico, hace lógica, aunque no se contenta, desde luego, con esto.

(65) COSSIO, C., "Teoría ecológica y teoría pura (...)", op. cit., p. 836.

(66) PERRIAUX, J., "Balance científico de la visita de Kelsen", *La Ley*, t. 55, 1949, p. 990.

(67) KELSEN, H., "Teoría pura del derecho y teoría ecológica (...)", op. cit., ps. 6 y 7.

(68) "Conferencias de Hans Kelsen. Sus sumarios", op. cit., p. 218.

La aparente contradicción se disuelve, sencillamente, ante estos dos argumentos. Primero: el estudio del principio de imputación ocupa una muy pequeña parte —de orden preliminar, por otro lado— en la teoría pura del derecho. Todo lo demás es estudio de los rasgos comunes a todos los derechos positivos. Segundo: el objeto de la lógica —sea esta la que fuere— son pensamientos. El objeto de la teoría pura del derecho, según Kelsen, en centenares de pasajes, son normas. Las normas, según Kelsen —siempre, pero con especial precisión en ‘General theory’ y en las conferencias de Buenos Aires— no son pensamientos. Luego, la teoría pura del derecho no es lógica” (69).

Tampoco he hallado más referencias sobre esta conferencia. Se sabe que luego de concluida se llevó a cabo una reunión de agasajo, según testimonia el *Boletín Informativo* con una foto en la que puede verse a Kelsen junto al vicedecano de la Facultad de Derecho, Lucio Moreno Quintana, ambos con una copa en mano, celebrando el evidente éxito del ciclo de conferencias que acabada de concluir.

Ese mismo 18 de agosto de 1949 salía a la luz, según se lee en el pie de imprenta, el folleto Bibliografía de Hans Kelsen, preparado por Ernesto C. Hermida y Hugo Caminos, que lleva este epígrafe: “A Hans Kelsen, maestro y amigo, con motivo de su visita a la Argentina. Agosto de 1949” (70). De modo que es de conjeturar que el folleto recién editado no habría llegado a manos de Kelsen durante el ciclo de conferencias de la Facultad de Derecho, sino recién para las conferencias auspiciadas por el Colegio de Abogados y el Instituto Popular de Conferencias, concretadas los días 19 y 22 de agosto, respectivamente.

IV. OTRAS ACTIVIDADES DE KELSEN EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

El *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho* informó sobre un “Coloquio del Doctor Hans Kelsen”, realizado el 12 de agosto: “[O]rganizado por este Instituto [de Derecho Político, Constitucional y de la Administración] y el de Filosofía del Derecho y Sociología, se realizó en esta Facultad, el sábado 12 de agosto último, a las 16, un coloquio privado, al cual asistió el eminente profesor doctor Hans Kelsen” (71).

En esa reunión científica, según la misma fuente:

(69) PERRIAUX, J., “Balance científico (...)”, op. cit., p. 990.

(70) HERMIDA, E. y CAMINOS, H., “Bibliografía de Hans Kelsen”, Buenos Aires, TEA, 1949.

(71) “Coloquio del Doctor Hans Kelsen”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 10-11-12, 1949, p. 155.

“[E]l profesor Kelsen dialogó largamente y respondió a varias cuestiones filosófico jurídicas que le plantearon los miembros del Instituto y otras personas concurrentes” (72).

Ha de recordarse que Faustino Legón dirigía el Instituto de Derecho Político y Ramón Alsina, el de Filosofía del Derecho. Además, integraban el primero: Marcelo Sánchez Sorondo (subdirector); Juan I. Cooke, Rafael Bielsa, Carlos A. Acevedo, Juan M. Bargalló Cirio, José Canasi, Miguel Ángel Berçaitz, Mario A. de Tezanos Pinto, Andrés C. Cuadrado, Atilio Pessagno, Alfredo R. Zuanich, Máximo I. Gómez Forgues, Ángel C. Berisso, Julio C. Amoedo, Segundo V. Linares Quintana (miembros titulares natos) (73); y el segundo: Martín t. Ruiz Moreno, Carlos Cossio, Abel J. Arístegui, Alfredo M. Egusquiza, Héctor Llambías, también Juan M. Bargalló Cirio, Abelardo Rossi, Luis Ma. Seligmann Silva, Juan A. Casaubon, Gastón Terán, Rodolfo J. Tecera del Franco y José E. Miguens (miembros titulares); Fernando N. Cuevillas (jefe de investigaciones y publicaciones); y Domingo Galati (jefe de informaciones) (74).

El 20 de agosto, según diera cuenta también el *Boletín Informativo de la Facultad de Derecho*: “al margen del citado ciclo de cuatro conferencias, el doctor Kelsen pronunció una disertación acerca de Algunos problemas del Derecho Internacional, en el Instituto del mismo nombre, el día sábado 20 de agosto último a las 17” (75). Probablemente por alguna confusión, el diario *La Nación* anunció que ese día se realizaría el coloquio, que, en realidad, según el *Boletín Informativo*, se había llevado a cabo el día 12 de agosto (*La Nación*, 20/8/1949, p. 4). De acuerdo con el *Boletín Informativo*, “una vez finalizada la conferencia, que fue muy aplaudida, se produjo un animado debate alrededor y sobre las doctrinas expuestas por el ilustre viajero” (76). Cabe recordar que dirigía el Instituto de Derecho Internacional el también vicedecano Lucio Moreno Quintana, y lo integraban: Carlos M. Bollini Shaw (subdirector); Mario A. Amadeo, Daniel Antokoletz, Isidoro Ruiz Moreno (h) (miembros titulares natos); Blas Achával, Francisco Bello, Héctor Bernardo, Liliana Burgos Terán, Fernando J. Carlés, Néstor R. Deppeler, Joaquín Díaz de Vivar, José Jaime Gálvez, Víctor Fernando Lestanguet, Luis María de Pablo Pardo, Carlos Alberto Pasini Costadoat, Héctor Sáenz y Quesada (miembros titulares voluntarios) (77).

(72) “Conferencias de Hans Kelsen. Sus sumarios”, op. cit., p. 218.

(73) Instituto de Derecho Político, Constitucional y de la Administración, Encuesta sobre la revisión constitucional, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1949, p. 7.

(74) COSSIO, C., *Panorama de la teoría (...)*, op. cit., p. 9.

(75) “Hans Kelsen”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 10-11-12, 1949, ps. 43 y 44.

(76) “Visita de Hans Kelsen”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 10-11-12, 1949, p. 146.

(77) *Revista del Instituto de Derecho Internacional*, FDyCS, Año II, nros. 7-8, 1949, p. 131.

V. EL INSTITUTO ARGENTINO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL RECIBE A SU MIEMBRO DE HONOR

El Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social se fundó el 10 de octubre de 1938 y su primera Comisión Directiva se integró el día 12, del siguiente modo: Carlos Cossio (presidente), Carlos Alberto Erro (vicepresidente); Enrique Aftalión y Jorge Tejerina (secretarios), Alfredo O'Connell (tesorero); Mario Amadeo, Ernesto Campolongo, Isidoro de Benedetti, Fernando García Olano y Alberto M. Justo (vocales) ⁽⁷⁸⁾. En su estatuto se definía como “una asociación científica independiente respecto de toda escuela, doctrina o ideología, que se constituye con domicilio en la ciudad de Buenos Aires y tiene por fin estimular y organizar el estudio de la Filosofía del Derecho y de la Sociedad, la Jurisprudencia general y la Sociología jurídica, congregando a los estudiosos de estas disciplinas” ⁽⁷⁹⁾. Tenía su sede social en la Avenida Córdoba al 1558 de la Ciudad de Buenos Aires ⁽⁸⁰⁾, en el local donde funcionaba desde 1928 la histórica Biblioteca Popular del Municipio, fundada en 1879 y administrada por la Asociación Bernardino Rivadavia, por entonces presidida por Alberto M. Justo, hijo de uno de los miembros fundadores de la Asociación, quien integraría como vocal la primera Comisión Directiva del Instituto Argentino ⁽⁸¹⁾.

A los pocos días de su fundación, Cossio le escribía a su maestro, el filósofo tucumano Alberto Rougès, invitándolo a sumarse al Instituto: “[D]eseo proponer su nombre para Miembro Corresponsal del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, entidad que acabamos de fundar en esta ciudad todos los que nos dedicamos a estudiar estas nobles disciplinas” ⁽⁸²⁾. Su primera sesión pública tuvo lugar el 21 de diciembre de ese mismo año, con una relatoría a cargo de Cossio sobre “Los principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil” ⁽⁸³⁾. Renato Treves, otro caracterizado miembro corresponsal, dirá a Norberto Bobbio que habla de él con su amigo Cossio y que “El Instituto del cual hemos tenido el honor de ser nombrados miembros, funciona mejor que el de Del Vecchio” ⁽⁸⁴⁾.

(78) Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, “Estatuto”, Buenos Aires, 1938.

(79) *ibíd.* (art. 1º).

(80) “Guía de instituciones y sociedades en el campo de las Ciencias Sociales”, Washington, Pan American Union, Social Science Section, 1950, p. 17.

(81) Asociación Bernardino Rivadavia, Biblioteca Popular del Municipio, Buenos Aires, 1928; Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, “Estatuto”, *op. cit.*

(82) Carta de Cossio a Rougès, fechada en Buenos Aires el 5/11/1938, en Celia AIZICZON de FRANCO, Estela ROMERO de ESPINOSA, Elena PERILLI de COLOMBRES GARMENDIA (comps.), Alberto Rougès - Correspondencia (1905-1945), Tucumán, Fundación Miguel Lillo, 1999, p. 371.

(83) COSSIO, C., “La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley”, Buenos Aires, Losada, 1939, p. 13.

(84) Carta de Treves a Bobbio, fechada en Buenos Aires el 3/1/1939: “Parlo pesso di te con l'amico Cossio che è giovane di vivo ingegno. L'Istituto di cui abbiamo avuto l'onore di essere nominati membri, funziona meglio di quello di Del Vecchio” (trad. propia). Vid. NITSCH, C., “Renato Treves esule in Argentina. Sociologia, filosofia sociale, storia. Con documenti inediti e la traduzione di due scritti di Treves”, Torino, Accademia Delle Scienze Di Torino, 2014, p. 113. También DÍAZ RICCI, S., “Treves

Desde mediados de la década de 1930, el reconocimiento entre Kelsen y Cossio era recíproco y sus apellidos estaban presentes en las asociaciones más relevantes de la época. En 1937, Cossio había sido designado miembro titular del Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, fundado en 1933 por François Gény, Louis Le Fur, Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Roscoe Pound, Giorgio del Vecchio y Harold J. Laski⁽⁸⁵⁾. La revista bilingüe (francés/alemán) *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, órgano oficial de dicho Instituto Internacional, fundada en 1926 por Kelsen, Leon Duguit, Franz Weyr y editada en Brno, Checoslovaquia, había publicado un artículo de Cossio en 1937⁽⁸⁶⁾.

Por invitación de Kelsen, Cossio se sumaría a comienzos de 1939 como codirector de esa revista:

“Como Ud. sabe, publico con la colaboración del profesor Weyr en Brno, desde hace quince años, la *Revue internationale de la théorie du droit*. Esta Revista ha sido editada, hasta ahora, por la editorial R. M. Rohrer en Brno. Pero las circunstancias políticas actuales ya no permiten que una casa alemana en Checoslovaquia publique una revista científica que sea políticamente independiente y, sobre todo, inaccesible a las influencias nacional-socialistas. Es por eso que estamos obligados a buscar otra editorial, y nos complace haber encontrado una en la casa ‘Editions Polygraphiques’ en Zurich. En esta ocasión, nos gustaría acentuar el carácter internacional de nuestra Revista y ampliar su esfera de influencia aumentando el número de directores. Nuestros pensamientos se dirigían a Ud., mi querido y estimado colega. Es por este motivo que le pedimos que nos permita incorporar su nombre como codirector. Al dar a nuestra Revista el apoyo de su gran reputación en el campo de la teoría del derecho, nos prestará un servicio no solo a nosotros mismos, sino también a nuestro objetivo común: mantener la independencia de la ciencia jurídica”⁽⁸⁷⁾.

y Tucumán”, conferencia presentada en el Homenaje a Renato Treves, XVII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Sociología Jurídica, “Nuevos escenarios latinoamericanos: debates sociojurídicos en el marco del bicentenario de la independencia”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNT y Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (Tucumán, 5/10/2016), disponible en http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/11/archivos/diazricchitreves-y-tucuman1.pdf.

(85) COSSIO, C., “Títulos y antecedentes para optar a la cátedra titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de La Plata”, La Plata, 1943, p. 22.

(86) COSSIO, C., “La normativité d’après l’analyse de la conduite juridique” (trad. de Louis Blanquier), *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, t. XI, Brno, 1937, ps. 187-202.

(87) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Ginebra el 20/2/1939, reproducida en Cossio, C., “Títulos y antecedentes (...)”, op. cit., p. 29: “Comme vous le savez, je publie en collaboration avec le professeur Weyr à Brno, depuis quinze ans la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*. Cette Revue a été éditée, jusqu’à maintenant, par la librairie d’édition R. M. Rohrer à Brno. Mais les circonstances politiques actuelles ne permettent plus à une maison allemande en Tchecoslovaquie d’éditer un périodique scientifique politiquement indépendant et, surtout, inaccessible aux influences nationales-socialistes. C’est pourquoi nous nous voyons obligés de chercher une autre librairie d’édition, et nous

En razón de esa política de internacionalización a la que se refería Kelsen, la *Revue internationale*, que tenía a Rudolf Métall como secretario de redacción, había incorporado como codirectores, además de Cossio, a Mircea Djuvara (Rumania), Louis Le Fur (Francia), Arthur Lehman Goodhart (Estados Unidos), Paul Guggenheim (Suiza), Gaston Jèze (Francia), Albert Kocourek (Estados Unidos), Duco Gerrold Rengers Hora Siccama (Holanda) y Alf Ross (Dinamarca) ⁽⁸⁸⁾.

Así también, y desde su fundación en 1938, el Instituto Argentino había nombrado a Kelsen “miembro de honor” ⁽⁸⁹⁾. Los miembros de honor eran elegidos “en homenaje de la especial significación del candidato” ⁽⁹⁰⁾ y para 1948 lo eran, además de Kelsen: Giorgio del Vecchio, José Ortega y Gasset y Gustav Radbruch ⁽⁹¹⁾. Para ese entonces, el Instituto Argentino contaba con cuarenta miembros titulares designados en función de “los antecedentes intelectuales del candidato” y con especial consideración por “los trabajos de investigación que haya publicado y el prestigio de que goce su competencia”, luego de “una sesión científica del Instituto donde, como condición sine qua non, el candidato actuará como relator en base a la comunicación que hubiere pasado” ⁽⁹²⁾: Enrique Aftalión, Ramón Alsina, Carlos Astrada, Francisco Ayala, Ernesto Campolongo, Lorenzo Carnelli, Genaro Carrió, Mario Alberto Copello, Enrique Corbellini, Carlos Cossio, Julio Cueto Rúa, Isidoro de Benedetti, Alfredo Egusquiza, Remo Entelman, Carlos Alberto Erro, Silvio Frondizi, Fernando García Olano, Ambrosio Gioja, Luis Güemes, Carlos M. Herrán, Esteban Ymaz, Alberto M. Justo, Mario Lancelotti, Laureano Landaburu (h), Otto Langfelder, Ricardo Levene, Juan Francisco Linares, Segundo Linares Quintana, Alfredo Molinario, Moisés Nilve, Alfredo O’Connell, Enrique Ramos Mejía, Manuel Río, Francisco Romero, Martín Ruíz Moreno, Juan Sánchez Chopitea, Alberto Spota, Jorge Tejerina, Ernesto Ure y Miguel Ángel Virasoro. Tenía alrededor de cuarenta y cinco miembros corresponsales, entre quienes destacaban los internacionales: Cayetano Betancur (Colombia), Norberto Bobbio (Italia), José A. Brandão

sommes heureux d’en avoir trouvé une dans la maison “Editions Polygraphiques” à Zürich. A cette occasion nous aimerions bien accentuer le caractère international de notre Revue et élargir sa sphère d’influence en augmentant le nombre des directeurs. Notre pensée se tournait vers vous, mon cher et très estimé Collègue. C’est dans ce but que nous vous prions de nous permettre d’insérer votre nom comme co-directeur. En donnant à notre Revue l’appui de votre grande réputation dans le domaine de la théorie du droit, vous nous rendrez service non seulement à nous-mêmes personnellement, mais aussi à notre but commun: maintenir l’indépendance de la science juridique” (trad. del profesor Gonzalo Vázquez de la Universidad de Buenos Aires, a quien agradezco muy especialmente).

(88) Al respecto: ZIEMANN, S., “Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts/Revue Internationale de la Theorie Du Droit (1926 bis 1939)”, *Rechtstheorie*, nro. 38, Berlín, 2007, ps. 169-195. Agradezco al profesor Ziemann, de la Universidad de Frankfurt, por la información y las precisiones brindadas sobre este punto.

(89) MÉTALL, R., “Hans Kelsen. Vida y obra” (trad. Javier Esquivel), México, UNAM, 1976, p. 104.

(90) Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, “Estatuto”, op. cit. (art. 2º).

(91) Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, *Guía de Canje Año 1948 y Estatuto*, Buenos Aires, Abeledo, 1948, p. 7.

(92) *ibid.*, ps. 7-10 y 52-53.

(Portugal), Antonio S. de Bustamante y Montoro (Cuba), Jean Dabin (Bélgica), Eduardo y Guillermo García Máynez (México), Felipe González Vicén (España), Josef Kunz (Estados Unidos), Harold Laski (Inglaterra), Luis Legaz y Lacambra (España), Hermes Lima (Brasil), Juan Llambías de Azevedo (Uruguay), Rudolf Métall (Canadá), Luis E. Nieto Arteta (Colombia), Rafael Pizani (Venezuela), Roscoe Pound (Estados Unidos), Miguel Reale (Brasil), Luis Recaséns Siches (México), Renato Treves (Italia, aunque radicado por entonces en la Argentina) y Alfred von Verdross (Austria) ⁽⁹³⁾.

Además, los adherentes registrados elegidos “entre los juristas y profesionales del país y del extranjero y entre los estudiantes de las Facultades de Derecho de la República Argentina, sin más exigencias que la de poder leer en idioma castellano y la de tener sensibilidad para las disciplinas que hacen la razón de ser del Instituto”, sumaban más de cuatrocientos treinta de muchos países de América y Europa (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Paraguay, Perú, Portugal, Suecia, Uruguay, Venezuela), quienes recibían información y se mantenían de algún modo comunicados con el Instituto ⁽⁹⁴⁾. Para entonces, el joven Roberto Vernengo, que había asistido a los cursos extraordinarios de Filosofía del Derecho dictados por Cossio en la Facultad de Derecho en 1946 y 1947 ⁽⁹⁵⁾, ya integraba el Instituto Argentino como miembro adherente registrado; es decir, el Instituto llegó a nuclear a quienes serían los traductores al castellano de las sucesivas ediciones de la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen: Tejerina, Nilve y Vernengo.

Entre sus objetivos, el Instituto Argentino se propuso constituir “una editorial de libros originales o traducidos que interesen a su finalidad, sea por administración directa, sea por contrato con alguna empresa de notoria responsabilidad” ⁽⁹⁶⁾. Sobre este emprendimiento opinaba Cossio en 1939: “No hace muchos lustros, la creación de una editorial filosófico-jurídica hubiera sido considerada como una aventura intelectual en estas latitudes. Hoy, creemos que la empresa es permitida —casi diríamos exigida— por las condiciones objetivas de nuestro desarrollo cultural. El positivismo filosófico, que señoreaba los espíritus entre nosotros hasta ayer, se encuentra ahora en franca retirada (...). El Instituto estima que la Biblioteca que ahora se inicia ha de contribuir a satisfacer y a encauzar la actual apetencia filosófica de nuestros juristas que hasta ahora solo se manifiesta en forma un tanto desordenada e imprecisa” ⁽⁹⁷⁾.

(93) Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Guía de Canje (...), op. cit., ps. 7-13.

(94) ibíd., p. 54.

(95) COSSIO, C., reseña “La retractación como eximente de pena en el derecho argentino, de Roberto J. Vernengo”, *La Ley*, t. 52, 1948, p. 1183.

(96) Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Estatuto, op. cit. (art. 1°).

(97) COSSIO, C., “La plenitud (...)”, op. cit., Buenos Aires, Losada, 1939, ps. 7 y 8.

Décadas después, recordaré Cossio:

“En 1938 fundé y presidí el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que duró hasta 1954. Fue un éxito que sobrepasó todos los cálculos y que tuvo una repercusión mundial: en los 16 años editamos 20 libros en la Editorial Losada, originales o traducidos; organizamos un fichero de todos los iusfilósofos del mundo civilizado que leían el castellano e instituímos con ellos y las instituciones afines más famosas una Guía de Canje que se actualizaba anualmente y se remitía gratuitamente a todos los que en ella figuraban; nombramos a todos ellos Miembros Corresponsales obsequiándoles los libros que editábamos, amén de Miembros Honorarios sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento del idioma castellano”⁽⁹⁸⁾.

En esa colección del Instituto Argentino había aparecido, de Kelsen, *La teoría pura del derecho* (Losada, 1941 y 1946), con prólogo de Cossio y traducción directa del alemán realizada por Jorge Tejerina de la edición de 1934, que MétaII elogiara como “la nueva y hermosa edición con la cual acaba de inaugurar el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social su serie de publicaciones”⁽⁹⁹⁾. Cossio dirá sobre esta edición: “en 1941 aparece la primera traducción completa y directa de *La teoría pura del derecho* bajo el patrocinio del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social y que era texto obligatorio en mi cátedra para enfrentar a mis colegas stammlerianos; actitud que fue asumida en todo el subcontinente por los profesores de la nueva generación”⁽¹⁰⁰⁾.

Esa edición no solo mereció elogios, sino también alguna crítica por parte de Ángela Romera, de la Universidad Nacional del Litoral: “El Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que inició sus publicaciones el año 1939 con la obra de su presidente Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, nos ofrece este año, como segundo volumen, la traducción de la obra de Hans Kelsen: *La teoría pura del derecho* (...). La versión argentina adolece de un estilo oscuro y a veces confuso, acaso por ser una traducción demasiado literal, estando en este aspecto en inferioridad de condiciones frente a la traducción española en la que se supo conservar la pureza de ideas dentro de un estilo claro, ágil y preciso. Un prólogo de Carlos Cossio sirve de presentación al libro. Es Cossio el principal cultivador, en nuestro país, de las doctrinas de Kelsen; su profundo conocimiento del pensamiento jurídico del autor le ha permitido realizar

(98) Carta de Cossio a Capella, fechada en Buenos Aires el 16/1/1972; reproducida en COSSIO, C., “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 25, 2002, ps. 727 y 728.

(99) MÉTALL, R., “El 60 aniversario (...)”, op. cit., p. 176.

(100) COSSIO, C., “Otoño filosófico en las universidades argentinas”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 48, 1987, p. 318.

en pocas líneas una síntesis de sus principios fundamentales” (101). Hasta la nueva traducción realizada por Gregorio Robles y Félix F. Sánchez aparecida en 2011, esta era la única versión en castellano de la edición de 1934 (102).

Además, el Instituto Argentino también había publicado, de Kelsen, *La paz por medio del Derecho* (1946), con prólogo de Ambrosio Gioja, traducción del inglés por Luis Echavarrí y revisión de Genaro Carrió; y *La idea del derecho natural y otros ensayos* (1946), con prólogo de Enrique Aftalión y traducciones de Francisco Ayala, Luis Legaz y Lacambra, Eduardo Coghlan, Guillermo García Máynez y Constantino Ramos.

La editorial Fondo de Cultura Económica había publicado en 1943 en México, con prólogo de Luis Recaséns Siches, la traducción al español efectuada por Florencio Acosta de las conferencias que Kelsen dictara en la Escuela de Derecho de Harvard durante 1941, en la “Oliver Wendell Holmes Lectureship”, bajo el título *Derecho y Paz en las relaciones internacionales* (103). Cossio le dedicó una reseña, en la que luego de reivindicar la concepción de la teoría pura como lógica jurídica formal y señalar, una vez más, el equívoco de los críticos que ven en ella ciencia jurídica empírica, formuló una severa crítica a la traducción, que entre otras falencias asimilaba las expresiones de “validez” y “vigencia”, concluyendo: “no titubeamos en declararla completamente inservible como instrumento de estudio, por su inautenticidad”. A juicio de Cossio: “Por su infidelidad, la edición del Fondo de Cultura Económica es una edición dañina. Hasta el título de la obra está traducido sin la debida plenitud: El *Derecho y la Paz en las relaciones internacionales* es el título correcto; no *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, porque se refiere al Derecho como figura total de la experiencia jurídica del planeta y no a esta o a aquella figura jurídica fragmentaria; y porque no se refiere al contenido de paz que pueda tener cualquier figura jurídica, sino a la paz del mundo que hoy se está decidiendo en los campos de batalla por quienes creen en la libertad” (104). La dura crítica bibliográfica motivó que FCE solicitara un dictamen a Recaséns Siches para que se expidiera sobre las observaciones de Cossio, quien, si bien defendió la obra del

(101) ROMERA, Á., reseña “Hans Kelsen. La teoría pura del derecho”, Universidad, UNL, nro. 9, 1941, ps. 266-270.

(102) “De esta primera edición de *Reine Rechtslehre* se publicó una versión en español en 1941, versión que —a pesar de ser manifiestamente mejorable— ha conocido varias reimpressiones. Recientemente, a instancias de la Editorial Trotta, aceptamos la tarea de una nueva traducción, que vio la luz en 2011”. Vid. ROBLES MORCHÓN, G., “Hans Kelsen: vida y obra”, *Revista de Ciencias Sociales*, nro. 62, 2013, p. 234. Ver también la “Presentación” de Robles en KELSEN, H., “Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica” (trad. Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez), Madrid, Trotta, 2011, ps. 9-32.

(103) MÉTALL, R., Hans Kelsen. Vida (...), op. cit., p. 83.

(104) COSSIO, C., reseña “Derecho y Paz en las relaciones internacionales, por Hans Kelsen”, *La Ley*, t. 30, 1943, ps. 1061 y 1063. Esta afirmación de Cossio suponía, a la vez, una clara toma de posición ante el conflicto bélico mundial, en el contexto geopolítico de la Argentina de la “neutralidad” de 1943. Al respecto, SÁENZ QUESADA, M., 1943. *El fin de la Argentina liberal. El surgimiento del peronismo*, Buenos Aires, Sudamericana, 2019.

traductor, reconoció la pertinencia de algunas cuestiones como la atinente al título ⁽¹⁰⁵⁾. Aquella reseña llegaría a conocimiento de Kelsen, quien a mediados de 1943 le escribía en respuesta a Cossio:

“Muchas gracias por enviarme su excelente artículo sobre la traducción al español de mi ‘Law and Peace’. Lamento mucho que Harvard University Press haya conferido el derecho de la traducción al español, sin preguntarme o informarme, a un editor que no conocía. He recibido tres copias de mi ‘La Teoría [Pura] del Derecho’, pero aún no he recibido ningún honorario del editor. Mientras tanto, he escrito un estudio sobre el problema de la reconstrucción de posguerra, bajo el título: ‘Peace through Law’, que uno de mis alumnos, un joven académico argentino, el Sr. Constantino Ramos, ha traducido al español. Supongo que ya has recibido el manuscrito. Me alegraría mucho si fuera posible publicarlo en forma de un pequeño folleto” ⁽¹⁰⁶⁾.

Ese trabajo de Kelsen se publicó en el *Journal of Legal and Political Sociology* ⁽¹⁰⁷⁾. Aunque no como un folleto, finalmente la traducción de Ramos de “La Paz por el Derecho” sería publicada ese mismo año de 1943 en la *Revista del Colegio de Abogados*, por entonces dirigida por Alberto Spota ⁽¹⁰⁸⁾; y en 1946 incluida en la compilación ya mencionada de la colección del Instituto Argentino ⁽¹⁰⁹⁾. La publicación del Colegio de Abogados lleva inserta como nota, la transcripción parcial de una carta de Ramos dirigida a Cossio:

“Por indicación del profesor Kelsen cuyos cursos y seminarios estoy atendiendo en la Universidad de California me permito remitirle la traducción de uno de sus recientes trabajos. Se trata del texto de un proyecto de liga internacional para el mantenimiento de la paz precedido de las consideraciones teóricas que lo informan. Esta primera parte es una exposición de los principios aceptados o elaborados por el profesor Kelsen en los domi-

(105) MARTÍNEZ CHÁVEZ, E. E., “Luis Recaséns Siches. Un puente entre culturas”, en Aurelia VALERO PIE (ed. y coord.), *Los empeños de una casa. Actores y redes en los inicios de El Colegio de México 1940-1950*, México, El Colegio de México, 2015, ps. 199-214.

(106) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 4/6/1943: “Many thanks for sending me your excellent Article on the Spanish translation of my ‘Law and Peace’. I am very sorry that Harvard University Press has conferred the right of the Spanish translation —without asking or informing me— upon a publisher whom I did not know. I have received three copies of my ‘La Teoría del Derecho’, but I have not yet received any honorarium from the editor. In the meantime, I have written a study on the problem of post war reconstruction, under the title: ‘Peace through Law’, which one of my students, a young scholar from Argentine, Mr. Constantino Ramos, has translated into Spanish. I suppose that you have already received the manuscript. I should be very glad if it were possible to have it published in the form of a small pamphlet” (trad. propia). Archivo personal de Mane Pérez del Cerro, sobrina de Carlos Cossio, a quien agradezco profundamente por su valiosa contribución y su generosa amistad.

(107) KELSEN, H., “Peace through Law”, *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, nro. 1-2, octubre de 1943, ps. 52-67.

(108) KELSEN, H., “La Paz por el Derecho. Una liga permanente para el mantenimiento de la paz”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XXI, 1943, ps. 125-161. El deseo de Kelsen de que se publicara como “pequeño folleto” se cumplió también con una tirada de separatas que tuvo el artículo (agradezco a Oscar Sarlo por la referencia a la existencia de esa separata).

(109) KELSEN, H., “La idea del derecho natural y otros ensayos”, Buenos Aires, Losada, 1946.

nios del derecho internacional, y aunque en anteriores oportunidades han sido ya expuestos por él mismo —en su trabajo *Law and Peace*, por ejemplo, cuya traducción del Fondo de Cultura Económica usted criticó en su nota bibliográfica en ‘La Ley’—, tienen esta vez la característica de ser vertidos en tono polémico, tanto más necesario ahora que los trabajos para la organización de post-guerra han sido invadidos por teóricos superficiales cuyas improvisaciones reportan más daño que beneficio. Tengo la certeza de que este trabajo del profesor Kelsen despertará interés, no solo por el renombre de su autor sino por la actualidad de su tema. Considero, además, que en la actualidad es la primera contribución autorizada hecha al problema de la organización de la paz desde un punto de vista jurídico. Por otra parte, ha sido tradicional de la diplomacia y de los internacionalistas argentinos la adhesión a los principios del arbitraje obligatorio y lo sustancial del proyecto del profesor Kelsen no es otra cosa que la magistratura internacional con jurisdicción compulsiva”⁽¹¹⁰⁾.

El filósofo católico chileno Clarence Finlayson caracterizó el Instituto Argentino como “el centro de los estudios con que Cossio ha llegado a formar discípulos; siguen principalmente las orientaciones que Hans Kelsen, el autor de la teoría pura del derecho, iniciara en Alemania”⁽¹¹¹⁾. El catedrático español de la Universidad de La Laguna Felipe González Vicén habría de elogiar la tarea del Instituto que “bajo la dirección inteligente del Prof. C. Cossio tanto ha hecho y hace por la difusión en el mundo hispánico de las grandes obras del pensamiento jurídico”⁽¹¹²⁾. En ese contexto desarrollaba su actividad el Instituto Argentino, como lo explicará Cossio en retrospectiva:

“[O]rganizamos cursos permanentes de investigación para hacer en Buenos Aires lo que no se podía hacer desde la Facultad oficial, así como propiciamos la visita de ilustres maestros extranjeros para que dieran conferencias pagadas por nosotros. Así los jóvenes y viejos argentinos de la época pudieron conocer en 1949 a Hans Kelsen y presenciaron con ilimitada sorpresa mi polémica con este gran Maestro”⁽¹¹³⁾.

Con el patrocinio del Instituto presidido por Cossio, Kelsen dictó el 8 de agosto la conferencia cuyo título el diario *La Nación* anunciara en francés, idioma en el que se expresó Kelsen: “La doctrine du Droit Natural devant

(110) “De la carta del Sr. Constantino Ramos al Dr. Carlos Cossio”, nota que acompaña el trabajo de Hans Kelsen, “La Paz por el Derecho”, op. cit., ps. 125 y 126.

(111) FINLAYSON, C., “La Filosofía en la Argentina”, América. Revista de la Asociación de Escritores y Artistas Americanos, vol. XXVII, nros. 1, 2 y 3, La Habana, 1945, p. 32.

(112) GONZÁLEZ VICÉN, F., reseña “Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz: La Ciencia del Derecho” (Buenos Aires, Losada, 1949), Revista de Estudios Políticos, Año XXXII, nro. 52, Madrid, 1950, p. 295.

(113) Carta de Cossio a Capella, fechada en Buenos Aires el 16/1/1972; reproducida en COSSIO, C., “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, op. cit., p. 728.

le tribunal de la Science”. El mismo medio anunció que Kelsen hablaría en la sede del Instituto Argentino (*La Nación*, 8/8/1949, p. 4), es decir, en el local de la Avenida Córdoba 1558, como lo había indicado también *La Época* (2/8/1949). Sin embargo, todo parece indicar que Kelsen pronunció esa conferencia en el Instituto Libre de Segunda Enseñanza (ILSE), colegio universitario dependiente de la Universidad de Buenos Aires, ubicado en la calle Libertad 555, a cien metros de la sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así consta en los anuncios del diario *La Prensa*:

“La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia’, por el doctor Hans Kelsen; en Libertad 555, a las 18.30. En francés. Disertación patrocinada por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social” (“Conferencias. Las disertaciones de hoy”, *La Prensa*, 8/8/1949, p. 6).

En el ILSE, Cossio había dictado en 1944 el ciclo de conferencias que luego fuera reunido en el libro *El derecho en el derecho judicial* (Kraft, 1945; Abeledo-Perrot, 1959 y 1967). Kelsen reiteraría esta conferencia a la semana siguiente, también en francés, en su fugaz visita a la Facultad de Derecho de Montevideo (Uruguay) el 15 de agosto ⁽¹¹⁴⁾ y una vez más el 30 de agosto en Río de Janeiro, en el auditorio del Ministerio de Salud y Educación ⁽¹¹⁵⁾. El diario *La Prensa* se ocupó también de esta conferencia:

“El profesor Kelsen empezó su disertación con un análisis crítico de la doctrina del derecho natural, la que pretende —recordó— deducir de la naturaleza, y en particular de la naturaleza del hombre, reglas de derecho que constituyan la solución justa de los problemas sociales. Esto significa —agregó— que la doctrina del derecho natural ensaya deducir de lo que ‘es’, lo que ‘debe ser’. Pero esta conclusión —afirmó el conferenciante— es lógicamente imposible. Si fuera posible encontrar una reglamentación justa de las relaciones sociales mediante un análisis de la realidad, la creación de un derecho positivo sería superflua, y un derecho positivo que no estuviera de acuerdo con el derecho natural sería nulo e inútil. Pero los representantes de la teoría del derecho natural —dijo a continuación— no se atienen a las consecuencias de la misma. Afirman —agregó— que el derecho positivo es absolutamente necesario, y admitiendo que es posible un conflicto entre el mismo y el derecho natural, pretenden evitar los efectos de ese conflicto que pudieran ser peligrosos para la autoridad del derecho positivo. Sobre este punto, afirmó el orador que la verdadera función de la doctrina del derecho natural fue, en la historia, la de conservar el derecho positivo y fortificar su autoridad; la función reformadora —a su juicio— desempeña un papel secundario. Dijo después el doctor Kelsen que la objeción más seria contra

(114) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 412.

(115) SILVEIRA SIQUEIRA, G.; MOLLICA DA COSTA RIBEIRO, P., ROVENA DIAS, E., y RODRIGUES SOUTO BARRA FERREIRA, M., “A visita de Hans Kelsen ao Rio De Janeiro (1949)”, *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 4, nro. 7, 2017, p. 163.

la doctrina del derecho natural es que la misma opera con un método mediante el cual los sistemas políticos y económicos más contradictorios: la democracia y la autocracia, el capitalismo y el comunismo, pueden ser y han sido justificados. Por estas razones —terminó diciendo— la teoría no tiene ningún valor desde el punto de vista de la ciencia, es decir, desde el punto de vista de la busca de la verdad” (“Un análisis del Derecho Natural hizo ayer el profesor Hans Kelsen”, *La Prensa*, 9/8/1949, p. 7).

No se sabe del texto íntegro de esta conferencia como tal, aunque es muy conocido el trabajo de Kelsen que lleva ese mismo título. Originalmente se publicó en inglés, unos meses después, en *The Western Political Quarterly*, de la University of Utah ⁽¹¹⁶⁾, del que Kelsen remitió a Cossio un ejemplar:

“Mi querido amigo: Bajo portada separada, le envío una copia de un artículo, ‘La Doctrina del Derecho Natural ante el Tribunal de la Ciencia’, y le ruego que lo acepte como una muestra de mi gran aprecio por su persona y su sobresaliente erudición” ⁽¹¹⁷⁾.

Esa publicación motivó una respuesta de Edgar Bodenheimer, profesor de esa Universidad, publicado luego en la misma revista ⁽¹¹⁸⁾. El trabajo fue reproducido años más tarde en el libro *What is Justice?* ⁽¹¹⁹⁾ Esta reedición de 1957 de “La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia” mereció otro comentario, esta vez de Alf Ross:

“La crítica de Kelsen a las doctrinas del derecho natural es apenas satisfactoria, o al menos incompleta. Su argumento es que las normas morales no pueden deducirse de las leyes causales. Pero la ‘naturaleza’ prevista por el derecho natural nunca fue la naturaleza de las leyes causales, sino un esfuerzo hacia una meta. En cualquier caso, Kelsen no considera el aspecto del derecho natural que basa la doctrina en la ‘naturaleza’ entendida como el ser racional del hombre; es decir, en principios evidentes *a priori* inherentes a la razón humana” ⁽¹²⁰⁾.

Tal vez la versión en español más conocida de este trabajo es la incluida en la compilación *¿Qué es justicia?*, edición y traducción a cargo de Albert

(116) KELSEN, H., “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science”, *The Western Political Quarterly*, vol. 2, nro. 4, 1949, ps. 481-513.

(117) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 10/3/1950: “My dear friend: Under separate cover I am sending you a copy of an article The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science, and I beg you to accept it as a token of my high appreciation for your person and your outstanding scholarship” (trad. propia).

(118) BODENHEIMER, E., “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen”, *The Western Political Quarterly*, vol. 3, nro. 3, 1950, ps. 335-363.

(119) KELSEN, H., “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science”, en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, ps. 137-173.

(120) ROSS, A., reseña de “What Is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen”, *California Law Review*, vol. 45, nro. 4, 1957, p. 565 (trad. propia).

Calsamiglia ⁽¹²¹⁾. Sin embargo, una primera versión menos divulgada se publicó en julio de 1950 en la revista *Hechos e Ideas*, de Buenos Aires ⁽¹²²⁾, con una “traducción exclusiva” para la revista, cuyo autor no se indica en el texto, pero bien podría tratarse de Oscar Fernández Silva, colaborador y traductor frecuente de la publicación ⁽¹²³⁾. Entre las revistas que buscaban operar en el plano político-intelectual del peronismo, *Hechos e Ideas* era una publicación de talante más austero que otras revistas y de una estética mucho más próxima a la académica ⁽¹²⁴⁾. Según la doctora en Historia de la Universidad de Buenos Aires, Ana Persello, resulta difícil de explicar la inclusión allí de trabajos de Kelsen, aunque —según conjetura ella— podría deberse a Arturo Sampay, colaborador de la revista en su etapa de orientación radical y artífice de la reforma constitucional del peronismo de 1949 ⁽¹²⁵⁾. Sea como fuere, el mismo número incluía dos discursos del por entonces presidente argentino Juan Perón ⁽¹²⁶⁾.

Hechos e Ideas había publicado en enero de 1950 una traducción propia del trabajo de Kelsen “Absolutismo y relativismo en filosofía y política”, distinta de la realizada por Roberto Vernengo en 1949 ⁽¹²⁷⁾. Precede el artículo, una nota del director de la revista *Hechos e Ideas*, Enrique Eduardo García, en la que se lee:

“Las principales universidades sudamericanas, entre ellas la de Buenos Aires, invitaron al ilustre filósofo del derecho para dar conferencias y los estudiosos e intelectuales le brindaron una entusiasta acogida. El presente ensayo fue publicado recientemente en ‘American Political Science Review’ y su traducción para *Hechos e Ideas* la publicamos con la autorización del autor y del editor de la citada publicación, a quienes testimoniamos nuestra gratitud” ⁽¹²⁸⁾.

(121) KELSEN, H., “¿Qué es justicia?”, Barcelona, Ariel, 1982.

(122) KELSEN, H., “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia”, *Hechos e Ideas*. Publicación de cuestiones políticas, económicas y sociales, Año XI, nro. 76, 1950, ps. 253-293.

(123) CATTARUZZA, A., “Una empresa cultural del primer peronismo: la Revista ‘Hechos e ideas’ (1947-1955)”, *Revista Complutense de Historia de América*, nro. 19, 1993, ps. 271 y 272.

(124) HERRERA, C., “Apoyando al peronismo desde la izquierda: Argentina de Hoy”, en C. PAN-ELLA y G. KORN (comps.), *Ideas y debates para la nueva Argentina: revistas culturales y políticas del peronismo*, vol. II, La Plata, UNLP, 2014, p. 141.

(125) PERSELLO, A., “De la diversidad a la unidad. *Hechos e Ideas* (1935-1955)”, en N. GIRBAL y D. QUATTROCHI-WOISSON, *Cuando opinar es actuar. Revistas argentinas del siglo XX*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1999, p. 273.

(126) Uno, pronunciado “en el acto de homenaje a la delegación obrera argentina, ante el 33º Congreso de la Organización Internacional del Trabajo” (17/6/1950); y otro en una “comida de camaradería de las fuerzas armadas que se realiza anualmente en vísperas de la efemérides patria” (5/6/1950): *Hechos e Ideas*. Publicación de cuestiones políticas, económicas y sociales, Año XI, nro. 76, 1950, ps. 217-232.

(127) KELSEN, H., “Absolutismo y relativismo en filosofía y en política”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, vol. 47, 1949, ps. 265-270; y en *La Ley*, t. 55, 1949, ps. 779-783.

(128) KELSEN, H., “Absolutismo y relativismo en filosofía y en política”, *Hechos e Ideas*. Publicación de cuestiones políticas, económicas y sociales, Año X, nro. 70, 1950, p. 81.

VI. KELSEN ASISTE A LA SESIÓN DEL INSTITUTO ARGENTINO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL EN LA QUE SE DISCUTE LA COMUNICACIÓN DE VILANOVA

La actividad de Kelsen patrocinada por el Instituto Argentino presidido por Cossio no se agotó en la conferencia sobre el derecho natural. El día 16 de agosto se trató en sesión plenaria del Instituto, ahora sí —según parece— en la sede de la Avenida Córdoba 1558, con la presencia de Kelsen como invitado especial, la comunicación del joven miembro José Manuel Vilanova, “Vigencia y validez del Derecho” ⁽¹²⁹⁾. De ese modo Vilanova, hasta entonces miembro adherente registrado, accedía a una de las bancas de miembro titular del Instituto. De acuerdo con su *Estatuto*, el Instituto Argentino organizaba esas sesiones científicas con rigor académico del siguiente modo:

“El Miembro relator, que elegirá libremente su tema, aunque subordinado al veto de la Comisión Directiva, lo pasará a Secretaría totalmente desarrollado en forma de comunicación escrita, a fin de ser impreso y publicado en folleto o en alguna revista (...). El Instituto distribuirá un ejemplar impreso de la comunicación, a cada uno de los Miembros, Adherentes e invitados especiales. Abierta la sesión, el relator hará una recapitulación oral libre de una duración no mayor de 15 minutos. Luego harán uso de la palabra, sin límite de tiempo, todos los concurrentes que deseen observar la comunicación. Y luego el relator, esta vez sin límite de tiempo, expondrá sus puntos de vista sobre las observaciones” ⁽¹³⁰⁾.

Para esa ocasión especial, el Instituto Argentino publicó una separata del trabajo de Vilanova aparecido el año anterior en la revista *Universidad*, de la Universidad Nacional del Litoral ⁽¹³¹⁾. Cossio recuerda: “Desgraciadamente, la discusión del Instituto se cortó antes de llegar a total madurez por otro compromiso que debía atender el maestro y la conversación del 6 de agosto se paralizó a mitad de camino ante el deseo de Kelsen de que se le preparara una traducción de la comunicación de Vilanova, por cierto más pertinente que una información oral, a los fines de una meditación”; y según el propio Cossio, el 16 de agosto por la tarde también tuvo lugar con Kelsen “una conversación de mesa redonda en la Facultad, donde él salpicó el diálogo con algunas *boutades* que algunos recuerdan con regocijo y otros recordamos con mala impresión” ⁽¹³²⁾. Transcurridas poco más de cuatro

(129) VILANOVA, J., “Carlos Cossio (1903-1987)”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 48, 1987, p. 328.

(130) Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, “Guía de Canje (...)”, op. cit., p. 59.

(131) VILANOVA, J., “Vigencia y validez en el Derecho”, *Universidad*, nro. 20, 1948, ps. 119-139. Reproducido en el último de los veinte libros de la colección del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social: CABRAL de MONCADA, L., BRANDÃO, J., VILANOVA, J., LUNDSTEDT, V., y OLIVECRONA, K., *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, ps. 137-156. Para entonces, la presidencia del Instituto estaba a cargo de Julio Cueto Rúa, siendo Vilanova su vicepresidente; Roberto Vernengo y Julio Barboza, secretarios; y Genaro Carrió, tesorero.

(132) COSSIO, C., “Teoría egológica y teoría pura (...)”, op. cit., ps. 853 y 858.

décadas, Vilanova dirá sobre aquel episodio: “En agosto (...) de 1949, el día culminante de mi vida académica que en mi atolondrada juventud no supe aquilatar, cuando Kelsen, Cossio y yo discutíamos mi trabajo ‘Vigencia y validez en el Derecho’, ellos hablaban y yo champurreaba en francés” ⁽¹³³⁾.

En una fotografía tomada aparentemente en la Facultad de Derecho, se lo ve a Kelsen posando junto a Cossio y la Comisión Directiva, casi completa, del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social: Enrique Aftalión (vicepresidente); Lorenzo Carnelli, Isidoro De Benedetti, Fernando García Olano, Ambrosio Gioja, Otto Langfelder, Juan Francisco Linares y Moisés Nilve (vocales) ⁽¹³⁴⁾. De aquella Comisión Directiva, solo falta en esa histórica foto el vocal Laureano Landaburu (h) ⁽¹³⁵⁾.

VII. KELSEN EN EL SALÓN KRAFT: LA CONFERENCIA GESTIONADA POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES CON LA ASOCIACIÓN AMIGOS DEL LIBRO

El Colegio de Abogados de Buenos Aires es una asociación civil fundada en 1913, en la antigua sede de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ubicada en la calle Moreno 350. Desde 1916 funcionaba en el séptimo piso del edificio conocido como el “Palacio de Justicia”, en Talcahuano 550, sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El directorio del Colegio de Abogados para el periodo 1948-1949 estaba integrado por: Adolfo Bioy (presidente), Ángel Sánchez Elía (vicepresidente), Enrique Díaz de Gujarrro (secretario), Horacio Beccar Varela (h) (tesorero y luego vicepresidente en ejercicio entre 1949-1951); y los vocales: Andrés M. Bacigalupo Rosende, Juan Carlos Cruz, Rafael de la Vega, Eduardo J. Helguera, Alberto Iribarne y Héctor P. Lanfranco ⁽¹³⁶⁾.

Adolfo Bioy era el padre del célebre escritor Adolfo Bioy Casares, conocido ya por su novela *La invención de Morel* (1940), entre otras obras. Bioy había sido funcionario durante el gobierno de facto de José Félix Uriburu y el gobierno de Agustín Pedro Justo, durante la denominada “Década Infame” (década de 1930). Luego del golpe de Estado de 1955, se desempeñaría como embajador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Hacia 1949, Adolfo Bioy presidía la Sección Argentina de la Asociación Henri Capitant pour la Culture Juridique Française e integraba, como vocal, el Conse-

(133) VILANOVA, J., El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 19.

(134) Archivo personal de Mane Pérez del Cerro.

(135) Integración de la Comisión Directiva: en KUNZ, J., La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX (trad. Luis Recaséns Siches), Buenos Aires, Losada, 1951, p. 2. De acuerdo con su estatuto, la Comisión Directiva del Instituto Argentino se renovaba cada dos años (arts. 7º y 8º).

(136) “Constitución del nuevo directorio”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVI, nro. 1, 1948, p. 130.

jo Directivo del Instituto Popular de Conferencias del diario *La Prensa* ⁽¹³⁷⁾, para el cual Kelsen habría de dictar una conferencia tres días después de la pactada con el Colegio de Abogados.

Eduardo B. Busso, socio del Colegio y profesor de Derecho Civil, había integrado el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (1940-1944), y desde 1947 ejercía la vicepresidencia de la Sección Argentina de la Asociación Henri Capitant, que presidía Bioy ⁽¹³⁸⁾. En el ámbito del Colegio de Abogados, Busso dirigía un espacio denominado Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales, en el que convergían juristas y profesores mayoritariamente antiperonistas, desplazados y renunciantes con motivo de la intervención universitaria de 1946. Así dirá Sebastián Soler, con la publicación de su libro *Fe en el Derecho y otros ensayos*:

“Este trabajo fue preparado en la época de máximo escepticismo. Formaba parte de un plan mayor, trazado por el Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales, cuya finalidad esencial era precisamente compensar de alguna manera aquella patente decadencia. Bajo la dirección del doctor Eduardo B. Busso y la dinámica acción de los doctores Ambrosio Gioja, Enrique Azturia y Carlos M. Muñiz, la iniciativa comenzó a crecer en importancia; unos cincuenta juristas aceptaron colaborar en cursos individuales o colectivos, en seminarios, debates de mesa redonda y conferencias. El celo del dictador llegó hasta allí; los cursos fueron prohibidos poco antes de nuestro turno. Bien es cierto que tenían lugar en la sede del Colegio de Abogados, de cuyas limpias paredes —al decir del doctor Adolfo Bioy— no hubo que descolgar ningún retrato el día de la victoria” ⁽¹³⁹⁾.

Luego del golpe de Estado de 1955, Busso sería, primero ministro de Interior y Justicia, y del Interior luego de la división de esa cartera como resultado del golpe interno que suscitó la dimisión de Eduardo Lonardi y su reemplazo por Pedro Eugenio Aramburu, como presidente de facto durante la autodenominada “Revolución Libertadora” ⁽¹⁴⁰⁾. El mismo régimen de facto nombraría a Soler como Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A sugerencia de Busso, Bioy planteó en el Colegio de Abogados la idea de invitar a Kelsen. El 22 de marzo de 1949, con la presencia de sus miembros Bioy, Díaz de Guijarro, Beccar Varela (h), Bacigalupo Rosende, Cruz, Hel-

(137) Quién es quién en la Argentina. Biografías contemporáneas, 7a ed., Buenos Aires, Kraft, 1958, p. 112; Anales del Instituto Popular de Conferencias, t. XXXV, Buenos Aires, Vaccaro, 1950, p. 1.

(138) Quién es quién en la Argentina (...), op. cit., p. 146.

(139) SOLER, S., “Fe en el Derecho y otros ensayos”, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 12. Es claro que Soler alude con las expresiones “dictador”, a Perón; y “el día de la victoria”, al 16 de septiembre de 1955, día en que se consumó el golpe de Estado.

(140) Quién es quién en la Argentina (...), op. cit., p. 146.

guera, Iribarne y Lanfranco, el directorio del Colegio trató el tema cuando la visita de Kelsen era ya un hecho inminente:

“[E]xpresa el señor presidente que, por intermedio del consocio doctor Eduardo B. Busso, ha sido informado de la próxima llegada a esta Capital del profesor doctor Hans Kelsen, para dictar una serie de conferencias en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Agrega que el mismo señor socio le sugirió la conveniencia de que el Directorio ofrezca la tribuna de la Institución al ilustre jurisconsulto, autor de teorías jurídicas universalmente conocidas por su propio nombre y redactor de la primera Constitución de la República de Austria, considerada como modelo desde el punto de vista de su orientación democrática y perfecta técnica jurídica. Aprobada la indicación, se autoriza a la presidencia para adoptar las medidas tendientes a concretarla” ⁽¹⁴¹⁾.

Por entonces, el Colegio de Abogados atravesaba una crisis institucional que lo enfrentaba por motivos políticos a la Corte Suprema y que redundaría en el cese del uso de las dependencias de que disponía en el “Palacio de Justicia”. Tomás D. Casares, designado Juez de la Corte Suprema en 1944 por el presidente de facto Edelmiro Farrell, fue el único magistrado que continuó en su cargo luego del juicio político promovido contra sus integrantes en 1947 y para entonces, se desempeñaba como presidente de la Corte Suprema. Bioy le dirigió una nota a Casares, fechada el 18/3/1949, en la que explicaba la situación:

“[E]l Colegio de Abogados de Buenos Aires está por terminar el desalojo del espacio que ha ocupado en el Palacio de Justicia, casi desde la inauguración de los Tribunales en el mismo. Nos estamos estableciendo en la casa que una sociedad de Abogados ha adquirido en la calle Montevideo seiscientos cuarenta y que ha cedido (en uso) al Colegio de Abogados de Buenos Aires. En ella funciona ya parcialmente nuestra Biblioteca pública y en breve la tendremos instalada totalmente, para uso de los abogados, del público y, desde luego, de los Señores Magistrados y demás personas empleadas en los Tribunales. Tenemos particular empeño, y así quiero expresarlo a Vuestra Excelencia, en seguir prestando este servicio a los Miembros de los Tribunales de Justicia, porque no queremos aparecer como encogidos, que no lo estamos, porque se nos haya privado, en la casa de su digna presidencia, del espacio de que los Tribunales han menester para sus necesarias ampliaciones, como nos lo expresó V. E. cuando nos dijo que igual disposición se había tomado con respecto a los demás diferentes centros que ocupan de-

(141) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folios 186-187. Agradezco especialmente a los miembros del Colegio de Abogados, señores Gerardo R. Lo Prete y Ricardo Boschin, prosecretario y encargado de Comunicación Institucional, respectivamente, por la inestimable ayuda brindada. Sumario en “Sesiones del Directorio. Resoluciones”, Revista del Colegio de Abogados, t. XXVII, nros. 1 y 2, 1949, p. 108.

pendencias en las casas de los Tribunales, Colegio de Escribanos, Colegio de Procuradores, y Sindicato de Abogados. Entiendo que estos dos últimos continúan ocupando locales en los Tribunales y esto me permite creer que, al menos por ahora, no necesitan más espacio para sus ampliaciones que el que ocupaba el Colegio de Abogados de Buenos Aires y hasta arriesgarme a pensar que el día futuro en que sobre el espacio, Su Excelencia el señor presidente de la Suprema Corte lo ofrecerá al Colegio de Abogados de Buenos Aires, para que ocupe el sitio que creo que le corresponde por sus antecedentes sin mácula y por los servicios que presta con celo y desinterés” (142).

No obstante el sarcasmo que se advierte en la nota, el Colegio de Abogados nunca volvería a ocupar aquellas dependencias de la calle Talcahuano. En esas circunstancias había comenzado su mudanza al inmueble que en la actualidad continúa siendo su sede y por lo cual se lo conoce en el ámbito abogadil como el “Colegio de la calle Montevideo”, para diferenciarlo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que es la institución oficial de colegiación obligatoria de los abogados de ese distrito.

La nueva sede de Montevideo 640 no se encontraba adecuada todavía para el dictado de conferencias, y mucho menos para albergar un evento semejante como la presencia de Kelsen. Las autoridades del Colegio encomendaron, entonces, a los miembros de su Comisión de Difusión —Beccar Varela (h) y Lanfranco— la organización del ciclo de conferencias para el año 1949 y la obtención de un salón adecuado a tales efectos. Así consta en el acta del 30 de mayo del mismo año:

“[E]xpresa el señor presidente que, en vista de que la construcción del salón de conferencias de la nueva casa aun demorará varios meses y con el objeto de asegurar la realización del ciclo de disertaciones correspondientes al año en curso, ha realizado, conjuntamente con el doctor Héctor P. Lanfranco, en su carácter de miembro de la Comisión de Difusión de Cultura Jurídica y Forense, varias gestiones ante entidades culturales de la Capital, para obtener la cesión de sus locales a tal efecto. Agrega que, a consecuencia de dichas gestiones, se ha logrado de la Asociación ‘Amigos del Libro’, la autorización para utilizar su local, a los fines indicados. Promovida a continuación la cuestión relativa al programa de dicho ciclo, a indicación del doctor Helguera, se resuelve ofrecer la tribuna del Colegio al eminente jurista francés, doctor Georges Ripert, quien próximamente llegará a Montevideo, invitado por la Universidad Nacional del Uruguay para desarrollar un ciclo sobre materias de su especialidad. También a indicación del mismo señor vocal, se invita a dictar una conferencia al doctor Enrique Díaz de Guijarro, quien acepta la invitación. Se resuelve, además, realizar gestiones

(142) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folios 186. Sumario en “Traslado del Colegio a su nuevo local”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVII, nros. 3 y 4, 1949, p. 118.

para que participe del ciclo el prestigioso jurista uruguayo, doctor Dardo Regules, dejándose establecido que el ciclo quedaría integrado por la disertación que ha de efectuar el profesor Hans Kelsen, oportunamente invitado a tal efecto por el Colegio, sin perjuicio de su ulterior ampliación, si las circunstancias así lo aconsejan”⁽¹⁴³⁾.

Un mes después, en la sesión del 30 de junio, se daba cuenta de la respuesta mediante nota por parte del invitado: “El profesor doctor Hans Kelsen agradece la invitación para ocupar la tribuna del Colegio y hace saber que disertará sobre el tema ‘La responsabilidad internacional por los actos del Estado’”⁽¹⁴⁴⁾. Es decir, solo a mediados de 1949 podía afirmarse con certeza que Kelsen dictaría una conferencia bajo el auspicio del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Kelsen había aceptado la invitación, contaban con el tema y el lugar confirmados; solo restaba fijar la fecha.

La selecta Asociación Amigos del Libro, fundada en 1947, tenía su sede en la calle Florida al 681, donde funcionaba a su vez desde 1946 el Salón Kraft, una librería y ámbito cultural dependiente de la editorial homónima. Para entonces, el Consejo Directivo de la Asociación estaba compuesto por el escritor, diplomático y miembro de la Real Academia Española Enrique Rodríguez Larreta (presidente); además de Arturo Capdevila —quien también ostentaba la vicepresidencia en el Instituto Popular de Conferencias del diario *La Prensa*— y Roberto Levillier (vicepresidentes); Exequiel Bustillo y Augusto M. Delfino (secretarios); y Atilio Dell’Oro Maini (tesorero)⁽¹⁴⁵⁾.

En una publicación con motivo del centenario de la editorial Kraft, se evoca:

“[E]n un lógico anhelo de expansión, se pensó en la necesidad de lograr un ambiente accesible y amplio para la exhibición de libros y otras expresiones del arte y de la cultura. Dentro de este propósito la empresa instaló una librería en la calle Florida 681. Se inauguró el 12 de diciembre de 1946. En sus estantes repletos exhibíase la vasta y compleja manifestación de una ac-

(143) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folios 211-212. Participaron de esa reunión: Beccar Varela (h), Díaz de Guijarro, Bacigalupo Rosende, de la Vega, Helguera, Iribarne y Sánchez Elía. Sumario en “Sesiones del Directorio. Resoluciones”, Revista del Colegio de Abogados, t. XXVII, nros. 1 y 2, 1949, p. 111.

(144) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folio 215. Estuvieron presentes en esa ocasión: Beccar Varela (h), Díaz de Guijarro, Bacigalupo Rosende, Cruz, Helguera, Iribarne y Lanfranco. También: “Sesiones del Directorio. Resoluciones”, Revista del Colegio de Abogados, t. XXVII, nros. 1 y 2, 1949, ps. 111 y 112.

(145) Acto de homenaje a la casa Kraft en su 85º aniversario 1864 - 4 mayo - 1949, Buenos Aires, Kraft, 1949, p. 5. Además, figuran como vocales: Jorge Artayeta, Santiago Baqué, Jorge Casares, Alfredo González Garaño, José Marcó del Pont, Vicente Martínez Cuitiño, José C. Miguens, Martín Noel y Ricardo Sáenz Hayes. Ver también, COSTA, M. E., “Tradición e innovación en el programa gráfico de la editorial Guillermo Kraft: colecciones de libros ilustrados (1940-59)”, en Primer Coloquio Argentino de Estudios sobre el Libro y la Edición, 31 de octubre, 1 y 2 de noviembre de 2012, La Plata, Argentina, disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.1927/ev.1927.pdf.

tividad intelectual que el público no tardó en admirar como correspondía. Pero se quería alcanzar algo más. Anexo a la librería se habilitó así un vasto salón destinado a conferencias, representaciones teatrales, conciertos y exposiciones de arte. Inmediatamente este recinto se convirtió en un lugar obligado de una concurrencia altamente calificada. Por cierto, que a poco de su inauguración surgió entre sus visitantes asiduos la idea de constituirse en una organización destinada a llevar la nueva sala a la continuidad de actos caracterizados dentro de los anhelos artísticos de la iniciativa. El doctor Guillermo Kraft, a quien se le comunicó la idea, no vaciló en facilitar las cosas poniendo a disposición de los autores del proyecto la amplia sala de conferencias. Así tomó cuerpo el propósito y así nació el 28 de marzo de 1947 la Asociación de Amigos del Libro, entidad que tuvo trayectoria ilustre y fue formada por un grupo selecto de caballeros representativos de todas las actividades de la cultura y el espíritu de nuestra gran ciudad y del país (...). Amigos del Libro fue una gran creación argentina y constituyó en el corazón de la ciudad un alto centro de especulación espiritual y artística” (146).

El 21 de julio, el directorio del Colegio informaba los avances en las gestiones ante “Amigos del Libro”, sin que hubiera fecha cierta todavía para la conferencia de Kelsen:

“[E]l señor vicepresidente en ejercicio [Beccar Varela (h)] informa del resultado de las gestiones que realizara conjuntamente con el doctor Héctor Lanfranco, miembro de la Comisión de Difusión de Cultura Jurídica y Forense, a los fines de la organización del ciclo de conferencias durante el año en curso. Agrega que en cuanto al local se ha obtenido la concesión del que posee la sociedad ‘Amigos del Libro’ para tres o más disertaciones, debiendo realizarse la primera el día miércoles veinticuatro de agosto próximo, en cuya oportunidad disertará el doctor Díaz de Guijarro, sobre el tema: ‘La consolidación de las nupcias inválidas’. Se aprueba lo actuado” (147).

Recién el 2 de agosto, el mismo día de la llegada de Kelsen a Buenos Aires, se reunió por la tarde el directorio del Colegio y allí se confirmó la fecha en que dictaría su conferencia:

“[E]xpresa el doctor Díaz de Guijarro que, según el plan de disertaciones que pronunciará en distintas entidades el profesor doctor Hans Kelsen, llegado en la fecha, se ha fijado para la del Colegio el día diecinueve del mes en curso, en cuya oportunidad el eminente jurista desarrollará el siguiente tema: ‘La responsabilité individuelle et collective pour les actes de l’Etat dans le droit international’. En consecuencia, formula la indicación de que

(146) Acto de homenaje a la casa Kraft en su centenario 1864 - 4 mayo - 1964, Buenos Aires, Kraft, 1964, p. 39.

(147) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folio 226. Sumario en “Sesiones del Directorio. Resoluciones”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVII, nros. 3 y 4, 1949, p. 263.

se acepte dicha fecha y se postergue la realización de la conferencia a su cargo, sobre ‘La consolidación de las nupcias inválidas’, fijada para el veinticuatro del corriente, en razón de la proximidad de ambas fechas. Queda aprobada la indicación formulada” ⁽¹⁴⁸⁾.

Es casi seguro, entonces, que la fecha haya sido convenida con Kelsen, a su arribo esa misma mañana, con los miembros del Colegio de Abogados involucrados en las gestiones, ya que su presidente Bioy se encontraba de viaje en Europa y no se reincorporaría al Colegio de Abogados sino hasta comienzos de septiembre de 1949 ⁽¹⁴⁹⁾; es decir, con el vicepresidente o el secretario del Colegio, respectivamente: Horacio Beccar Varela (h), un abogado que se desempeñaba como Asesor Letrado en la sucursal de Buenos Aires del National City Bank of New York, además de integrar el directorio de varias empresas (“Cristalerías Papini SA”, “Transradio Intern SA”, “RCA Víctor Argentina SA”, entre otras) ⁽¹⁵⁰⁾; y Enrique Díaz de Guíjarro, profesor de Derecho Civil en la Facultad Ciencias Económicas y en la de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, vicepresidente de la Liga Argentina de Profilaxis Social y de la Sociedad Argentina de Eugenesia ⁽¹⁵¹⁾.

En síntesis, el Colegio de Abogados invitó a Kelsen en marzo de 1949, por intermedio de Bioy a iniciativa de Busso, y tomó noticia en junio de su aceptación. Durante esos meses el Colegio concretó el acuerdo con “Amigos del Libro” para realizar en el Salón Kraft el ciclo de conferencias entre las cuales se incluiría la de Kelsen, cuya fecha de realización fue confirmada con una antelación de poco más de dos semanas, recién el día de su arribo a Buenos Aires. Ello echa por tierra una hipótesis formulada por el profesor Sarlo, quien postula: “Buscando un arreglo equilibrado, se estableció que Kelsen viajaría bajo el patrocinio de tres instituciones”, precisamente, la Facultad de Derecho, el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social y el Colegio de Abogados de Buenos Aires ⁽¹⁵²⁾. Lo cierto es que el viaje de Kelsen había sido concertado a mediados de 1948, como el propio Sarlo señala con cita de Métall ⁽¹⁵³⁾, es decir, mucho tiempo antes de que Busso llevara al Colegio de Abogados la idea de invitarlo también. Esta información, desconocida por Sarlo, permite a su vez formular otra hipótesis: probablemente

(148) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folio 230. Sumario en “Sesiones del Directorio. Resoluciones”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVII, nros. 3 y 4, 1949, p. 264.

(149) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folio 238.

(150) “Quién es quién en la Argentina (...)”, op. cit., p. 91.

(151) *ibíd.*, ps. 254 y 255.

(152) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 408.

(153) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 407. Cuenta Métall: “[P]ara los semestres de otoño y primavera de 1948/1949, consiguió Kelsen una licencia de su universidad con objeto de preparar los cursos que habría de sustentar en Sudamérica, durante julio y agosto de 1949. La Universidad de Buenos Aires lo había invitado desde hacía tiempo a dictar algunas conferencias”. MÉTALL, R., Hans Kelsen. Vida (...), op. cit., p. 89.

en la sugerencia de Busso a Bioy pudo tener alguna injerencia Soler, dada la cercanía que mantenían en el Instituto de Investigaciones.

Además, y contra lo que se ha creído durante mucho tiempo, la conferencia que pronunció Kelsen el 19 de agosto y que patrocinó el Colegio de Abogados no tuvo lugar en su sede, sino en el Salón Kraft. Así consta —correctamente— en los avisos de los diarios *La Prensa* y *La Nación* de esa fecha:

“La responsabilidad individual y colectiva para los actos del Estado en el derecho internacional, por el Dr. Hans Kelsen”, con el auspicio del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Amigos del Libro, en el salón Kraft, Florida 681. A las 18.15 (“Conferencias”, en *La Nación*, 19/8/1949, p. 4; y aviso similar en *La Prensa*, 19/8/1949, p. 7).

También hay una referencia en las páginas de la Guía quincenal de la actividad intelectual y artística argentina, publicación oficial de la Comisión Nacional de Cultura que editaba precisamente Kraft⁽¹⁵⁴⁾. Asimismo, en el libro por el centenario de Kraft se menciona a Kelsen entre las muchas personalidades que disertaron en su salón de conferencias:

“Fue Amigos del Libro una creación en la que el nombre de Kraft extendió su prestigio y por su sala pasaron figuras argentinas y extranjeras de renombre. Sería por su extensión imposible registrar cada uno de los actos que se efectuaron y la mención de sus personalidades. Sin embargo no podrían ser olvidadas ahora, en esta breve evocación justificada, por lo que significaron y significan en las diversas orientaciones de su fervor, Ruggero Ruggeri, Aldo Fabrizi, Diana Torrieri, Vittorio Gassman, Emma Grammatica, Jean Louis Barrault, Maurice Chevalier, Serge Lifar, Marcel Marceau, Henry Rolland, Madeleine Ozeray, Margarita Xirgu, Blanca Podestá, Lola Membrives, Camila Quiroga, Pilar López, Rudolf Firkunsny, Pierre Fournier, William Kappell, Henry Zseryng, Sigi Weisseberg, Raúl Spivak, Wilhelm Furtwängler, y en otro campo Niceto Alcalá Zamora, Dámaso Alonso, Eugenio D’Ors, George Duhamel, René Huyghe, Regis Jolivet, Juan Ramón Jiménez, Hans Kelsen, Arnold W. Lawrence, Richard Llewelling, Duquesa de la Rochefoucault, Federico García Sanchiz, Julián Marías, Federico de Onís, Guido Ruggiero, Walter F. Starkie, Pasteur Vallery Radot, Victoria Ocampo, Jorge Luis Borges, Mariano de Vedia y Mitre, Francisco Romero, Juan P. Ramos, José A. Oría, Francisco Luis Bernárdez, Baldomero Fernández Moreno, Juan Pablo Echagüe, así como también los principales integrantes de Amigos del Libro, entre ellos Enrique Larreta, Arturo Capdevila, Atilio Dell’Oro

(154) “Otras conferencias”, Guía quincenal de la actividad intelectual y artística argentina, Comisión Nacional de Cultura, Año III, nro. 51, 2a quincena septiembre, 1949, p. 19.

Maini, Ricardo Sáenz Hayes, José León Pagano, Martín Noel y Vicente Martínez Cuitiño” ⁽¹⁵⁵⁾.

En la sesión del 27 de diciembre de 1949, el directorio del Colegio de Abogados consignó su agradecimiento a la Asociación Amigos del Libro:

“[A] indicación del doctor Horacio Beccar Varela (h), se resuelve agradecer por nota a la Asociación Amigos del Libro, el importante concurso prestado por la misma a las actividades culturales del Colegio, al facilitarle su local para la realización del ciclo de conferencias durante el año en curso” ⁽¹⁵⁶⁾.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial y ante los recientes procesos de Núremberg y Tokio, Kelsen retomaba para esta conferencia en Buenos Aires, algunas de las ideas que había desarrollado en un trabajo publicado en 1943 ⁽¹⁵⁷⁾. La revista *Cursos y Conferencias*, editada por el Colegio Libre de Estudios Superiores fundado en 1930 y dirigida por Arturo Frondizi —futuro presidente constitucional de la República Argentina (1958-1962) y hermano de Silvio [miembro titular del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social ⁽¹⁵⁸⁾] y de Risieri (Rector de la Universidad de Buenos Aires entre 1957 y 1962)—, le dedicó una breve reseña sin firma:

“En el Colegio de Abogados de Buenos Aires Kelsen disertó, en francés, sobre La responsabilidad individual y colectiva por los actos de Estado en el Derecho Internacional. Primero analizó el contenido jurídico de las expresiones ‘responsabilidad individual’ y ‘responsabilidad colectiva’. Luego mostró que, cuando se cometen violaciones a la ley internacional, la responsabilidad versa sobre los que han actuado como miembros de las fuerzas armadas u órganos de gobierno de un Estado, los cuales deben ser llevados ante la justicia para que den cuenta de sus actos; estableció cuáles son las violaciones a la ley internacional por las que podría pedirse sanción contra los autores de esos delitos. Después estudió la naturaleza jurídica de las normas que fundamentan el establecimiento del tribunal de Núremberg y del tribunal que juzgó a los criminales de guerra en Extremo Oriente. Objetó

(155) Acto de homenaje a la casa Kraft en su centenario 1864 - 4 mayo - 1964, op. cit., p. 40.

(156) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folio 298. Sumario en “Sesiones del Directorio. Resoluciones,” Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVIII, nro. 1, 1950, p. 128.

(157) KELSEN, H., “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals,” California Law Review, vol. 31, nro. 5, 1943, ps. 530-571. Hay traducción al español de Enrique Ferrer Vieyra (discípulo de Kelsen y becario en la Universidad de Berkeley), “La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra,” Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Año 31, nro. 2, 1944, ps. 317-368. El asunto también lo abordó Kelsen en “La paz garantizada mediante la responsabilidad individual por las violaciones del derecho internacional,” en La Paz por medio del Derecho (trad. Luis Echavarrri y rev. Genaro Carrió), Buenos Aires, Losada, 1946, ps. 115-189.

(158) En la colección del Instituto Argentino se había publicado un libro de su autoría: FRONDIZI, S., “El Estado moderno. Ensayo de crítica constructiva,” Buenos Aires, Losada, 1945. Silvio Frondizi sería asesinado el 27 de septiembre de 1974 por un comando parapolicial de la “Triple A”.

la constitución del primero, por considerar que el acta de rendición de las fuerzas germanas era una simple manifestación de rendición del comando de esas fuerzas ante los comandantes de las fuerzas de las potencias aliadas. Sostuvo que la constitución del segundo era correcta, por cuanto el propio gobierno japonés, al suscribir el tratado de capitulación, había accedido a la persecución y castigo por los crímenes de guerra cometidos por sus connacionales. Sentó como conclusión que un tribunal establecido por un tratado internacional, en el que no solo los Estados victoriosos sino también los vencidos sean partes contratantes, es el único autorizado para enjuiciar a los criminales de guerra”⁽¹⁵⁹⁾.

La conferencia completa fue traducida por Julio Cueto Rúa de la “versión fonograbada” y publicada en la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, dirigida por Isidoro Ruiz Moreno (h) y de la cual Cueto Rúa era —por entonces— secretario de redacción⁽¹⁶⁰⁾. En su paso por Río de Janeiro, Kelsen cerraría su ciclo reiterando esta conferencia el 31 de agosto, en la sede del Instituto da Ordem dos Advogados, en un evento organizado por la Sociedade Brasileira de Direito Internacional⁽¹⁶¹⁾.

VIII. KELSEN, SOCIO HONORARIO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES

Tampoco el vínculo de Kelsen con el Colegio de Abogados se agotó con el dictado de esa conferencia. En la misma reunión del 2 de agosto de 1949, luego de informar la fecha fijada para la conferencia de Kelsen, Díaz de Guijarro propuso designarlo socio honorario:

“[P]ropone el doctor Díaz de Guijarro la designación del profesor Kelsen en calidad de socio del Colegio, de acuerdo con lo establecido sobre el particular por el artículo noveno del Estatuto. A tal efecto, expresa que el eminente jurista, de prestigio internacional por su fecunda obra desarrollada durante largos años, como publicista, catedrático, magistrado y redactor de la Constitución democrática de Austria, reúne ampliamente los requisitos excepcionales previstos en la referida disposición estatutaria. Apoyada la proposición, se fija el día dieciocho del mes en curso para considerar la propuesta”⁽¹⁶²⁾.

(159) “Kelsen estuvo en Buenos Aires”, *Cursos y Conferencias*, vol. XXXV, nros. 208-209-210, jul.-ago.-sep., 1949, ps. 329 y 330.

(160) KELSEN, H., “La responsabilidad internacional por los actos del Estado” (trad. Julio Cueto Rúa), *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XXVIII, nro. 1, 1950, ps. 5-23.

(161) SILVEIRA SIQUEIRA, G.; MOLLICA DA COSTA RIBEIRO, P., ROVENA DIAS, E. y RODRIGUES SOUTO BARRA FERREIRA, M., “A visita de Hans Kelsen ao Rio De Janeiro”, *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 4, nro. 7, 2017, p. 163.

(162) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folios 230-231.

A las 18:15 horas, el día anterior al previsto para la conferencia, se reunió nuevamente el directorio del Colegio al solo efecto de aprobar la designación de Kelsen como socio honorario:

“En consideración dicho asunto, se resuelve, por unanimidad, y en mérito de los antecedentes expuestos por el autor de la iniciativa, doctor Enrique Díaz de Guijarro, en la sesión del día dos del mes en curso, designar al doctor Hans Kelsen socio honorario del Colegio y fijar el día diecinueve del corriente, a las diecisiete y treinta, para el acto de entrega del respectivo diploma, en el local de la Institución” ⁽¹⁶³⁾.

Resulta llamativo que este dato permaneciera prácticamente en el olvido. En 1948, el Colegio de Abogados había otorgado idéntica distinción a Eduardo Couture, quien la recibió en una sesión especial prevista a tal fin el 14 de octubre de ese mismo año ⁽¹⁶⁴⁾. Kelsen también tuvo la suya: recibió su diploma de manos del vicepresidente del Colegio, Beccar Varela (h), minutos antes de pronunciar su conferencia. En la sesión inmediata posterior se informó sobre ese acto en el Colegio de Abogados:

“[E]l doctor Beccar Varela (h) informa que, de conformidad con la resolución del Directorio del dieciocho de agosto ppdo., sobre designación del profesor doctor Hans Kelsen como socio honorario del Colegio, el mismo fue recibido el día siguiente en el local de la Institución, en presencia de las autoridades de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, de los Institutos dependientes del Colegio, miembros de centros culturales, exprofesores de la Facultad de Derecho y socios de la Institución. Al entregarle el diploma que lo acredita en el mencionado carácter, el doctor Beccar Varela destacó el prestigio del eminente jurista y su actuación en la universidad y la magistratura de su país de origen. Por su parte, el profesor Kelsen agradeció la distinción que le fuera conferida. Informa, además, el doctor Beccar Varela (h), que en la misma fecha fue inaugurado el ciclo de conferencias del Colegio para el año en curso, con la disertación del profesor Kelsen sobre el tema ‘La responsabilité individuelle et collective pour les actes de l’Etat dans le droit international’” ⁽¹⁶⁵⁾.

El ajustado protocolo implicó que a las 17:30 horas del 19 de agosto, Kelsen recibiera de Beccar Varela (h), a cargo de la presidencia del Colegio de Abogados, su diploma que lo acreditaba como socio honorario, en lo que debió ser una ceremonia breve, para luego trasladarse desde esa sede, ubicada

(163) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folios 237. Estuvieron presentes, al igual que el día 2: Beccar Varela (h), Díaz de Guijarro, Bacigalupo Rosende, Cruz, Helguera, Iribarne y Lanfranco. Sumario en “Sesiones del Directorio. Resoluciones”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVII, nros. 3 y 4, 1949, p. 265.

(164) “Entrega del diploma de Socio Honorario al Dr. Eduardo J. Couture”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XXVII, nros. 1 y 2, 1949, ps. 115 y 116.

(165) Libro de Actas del Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1949, folio 237.

en la calle Montevideo entre Tucumán y Viamonte, al Salón Kraft, a diez cuadras aproximadamente en línea recta, en la calle Florida, entre las mismas paralelas, para pronunciar su conferencia prevista para las 18:15 horas.

IX. KELSEN EN EL INSTITUTO POPULAR DE CONFERENCIAS DEL DIARIO *LA PRENSA*

El antropólogo e investigador Hernán Gómez explica que el surgimiento del Instituto Popular de Conferencias en 1915 fue parte de un fenómeno de proliferación en Buenos Aires de instituciones culturales y de difusión de las conferencias como eventos estructuradores del mundo intelectual de la época. Fue probablemente uno de los mayores éxitos del diario *La Prensa*, fundado en 1869, en la realización de actividades de relevancia y de discusión públicas. La permanencia del Instituto Popular ininterrumpidamente por más de treinta años, así como la repercusión en un segmento del espacio intelectual son dos indicadores de tal éxito. Si bien la expansión de las conferencias fue un fenómeno de la época, de modo que el diario acompañaba un proceso más general; y específicamente, fue un fenómeno el crecimiento de las conferencias académicas proferidas en las universidades y algunas instituciones culturales, la publicidad fue un elemento que diferenciaba a las conferencias del Instituto Popular de estas últimas. Las conferencias acontecían entre mayo y octubre, en sesiones semanales, en el salón de actos públicos del edificio de *La Prensa*, ubicado en Rivadavia 564, con fachada también sobre Avenida de Mayo 575, en un suntuoso salón ubicado en el primer piso conocido como “Salón Dorado”. Eran gratuitas y proferidas por profesores de prestigiosas universidades como la de Buenos Aires o la de La Plata, por funcionarios gubernamentales, escritores, periodistas y por “visitantes ilustres”⁽¹⁶⁶⁾. Actualmente funciona allí la “Casa de la Cultura”, dependiente del Ministerio de Cultura de la Ciudad de Buenos Aires, en cuyo salón dorado siguen realizándose eventos culturales.

Fundado por Ezequiel P. Paz, director del diario *La Prensa*, el primer directorio del Instituto Popular lo integraron Estanislao S. Zeballos (presidente), Ángel Gallardo (vicepresidente), Adolfo D. Holmberg (secretario); además de David de Tezanos Pinto, Rodolfo Rivarola, Carlos Ibarguren, Ernesto E. Padilla, Juan B. Señorans y Carlos María Morales (vocales). Zeballos e Ibarguren habían sido fundadores también del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Para 1949 integraban el directorio del Instituto Popular: Gregorio Aráos Alfaro (presidente), Arturo Capdevilla (vicepresidente) —tam-

(166) GÓMEZ, H., “Los diarios como espacios públicos. La Prensa en la vida social de Buenos Aires a comienzos del siglo XX”, *Intersecciones en Antropología*, UNCPBA, nro. 9, 2008, ps. 266 y 267.

bién vicepresidente de Amigos del Libro— y Oscar Marino junto a José M. Strático (secretarios) ⁽¹⁶⁷⁾.

Resta precisar con exactitud cómo se concretó el acuerdo con Kelsen, pero además del rol que pudo jugar Ernesto Hermida, no parece irrelevante el nexo existente entre el Instituto Popular y Amigos del Libro, que había facilitado las instalaciones del salón Kraft para que Kelsen pronunciara allí la conferencia auspiciada por el Colegio de Abogados. Las tres instituciones las integraban, de un modo u otro, Adolfo Bioy y Arturo Capdevilla. Al día siguiente de la conferencia auspiciada por el Colegio de Abogados y Amigos del Libro, anunciaba *La Prensa* una nueva conferencia que no estaba en la agenda de Kelsen, lo cual permite conjeturar sobre los nexos institucionales que habrían dado la ocasión para concretar el evento:

“El Instituto Popular de Conferencias realizará pasado mañana, a las 18.15, una sesión extraordinaria, durante la cual el profesor Hans Kelsen disertará, en inglés, sobre ‘El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas’. Presentará al orador el doctor Juan Carlos Rébora, vocal del consejo directivo de la institución” (“En sesión extraordinaria hablará en el Instituto el profesor Hans Kelsen”, *La Prensa*, 20/8/1949, p. 6).

La nómina de los conferencistas que pasaron por el Instituto Popular permite tomar dimensión de su variedad y calidad. Durante el ciclo de 1948 habían disertado: Gregorio Aráoz Alfaro, Eduardo Carrasquilla Mallarino, Pío Pandolfo, Bernardo González Arrilli, Julio César Raffo de la Reta, Dámaso Alonso, Alberto Ureta, Cortez Plá, Arturo Capdevilla, Augusto Barcia, Adolfo Lanús, Adolfo E. Dávila, Juan P. Ramos, Rogelio Patricio McLoughlin, Rafael Cano, Ángel Acuña, Alicia Garcitoral, Alfonso García Gallo, Alfredo Sordelli, Isidoro Ruiz Moreno (h), Vincent de Paul Rande ⁽¹⁶⁸⁾.

Precedieron a Kelsen, durante 1949: Horacio Rivarola, Ismael Moya, Alfredo Pavlovsky, Simone M. de Garma, José M. Sobral, Enrique Cantilo, José María Monner Sans, Justo Olan Chan, Carlos Sánchez Viamonte, Martín Noel, Isidoro Ruíz Moreno, Alceu Amoroso Lima, Arturo Mejía Nieto y Osvaldo Loudet. Sucedió a Kelsen ese año: Antonio Pages Larraya, Antonio Tovar, Osvaldo Fustinoni, Arturo Pinto Escalier, Adolfo Dago Holmberg, Luis Saye, Carlos Alberto Erro, Julio E. Payro, Luis A. Podestá Costa, Juan Pablo Echagüe y Jean Camp ⁽¹⁶⁹⁾.

(167) Anales del Instituto Popular de Conferencias, t. XXXV, Buenos Aires, Vaccaro, 1950, p. 1. Eran vocales: Horacio C. Rivarola, Clodomiro Zavalía, Ernesto E. Padilla, Cupertino del Campo, Alberto Hueyo, Rafael Alberto Arrieta, Juan José Díaz Arana, Eduardo Crespo, Juan Carlos Rébora, Adolfo Bioy —también presidente del Colegio de Abogado de Buenos Aires—, Osvaldo Loudet, Juan A. Briano, Jorge W. Dobranich, Martín Doello Jurado y José M. Cantillo.

(168) Anales del Instituto Popular de Conferencias, t. XXXIV, Buenos Aires, Vaccaro, 1949, ps. 5-6.

(169) *ibíd.*

Juan Carlos Rébora fue vicepresidente y presidente de la Universidad Nacional de La Plata (1937-1941), donde fundó y dirigió el Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad (1929-1931), en cuya Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales se había desempeñado durante más de dos décadas como profesor de Derecho Civil hasta 1943. Luego de 1955 habría de desempeñarse como embajador del gobierno argentino en Francia, hasta 1958. Había dirigido durante años la *Revista Jurídica La Ley*, fundada en 1936 por Jerónimo Remorino: por entonces (1948-1951) embajador del gobierno argentino en Estados Unidos y delegado ante la Organización de los Estados Americanos (OEA) ⁽¹⁷⁰⁾. Cuando en 1950 disertó Rébora, aprovechó la ocasión para evocar la visita de Kelsen como la de “nuestro eminente huésped del ciclo de 1949” ⁽¹⁷¹⁾.

Al presentarlo, Rébora pronunció el siguiente discurso:

“Como los filósofos helenos que en tiempos de Pericles viajaban a la Magna Grecia, los sabios europeos que desde hace más o menos cuarenta años visitan regularmente ciudades argentinas, han incorporado a nuestros afanes cotidianos, tan vinculados a lo que ellos piensan y a lo que ellos hacen, poderosas sugerencias de impulso y de perfeccionamiento, de pragmatismo y de ideal, de humildad y de superación. Sociólogos de la Escuela Positiva de Derecho Penal como Enrico Ferri, acaso el primero de la felizmente inacabable teoría; poetas finiseculares de la exquisitez del autor de la ‘Isla de los pingüinos’; historiadores de la alcurnia de Altamira y de Ferrero; polemistas parlamentarios con nervio de adalides, como Georges Clemenceau; líderes como Jaurés; jefes como Viviani; profesores como Orlando, como Demogue y como Jiménez de Asúa; investigadores como Fleming; siluetas relevantes en el campo de la filosofía como la de Keyserling, la de Ortega y la de D’Ors, habían cubierto brillantemente la generalidad de los sectores sobre los cuales mentes ágiles y sensibilidades abiertas se impregnaban, para gloria de sus ansiedades supremas, de la cósmica vecindad de heraldos que traían en la cimera, como Diómedes en el asedio de Ilion, estrellas encendidas en el Templo de Minerva. Faltaba entre tanto una silueta señera, de la controvertida filosofía del derecho; y a fe que la falta era sensible para un pueblo que en su despertar jurídico y político, estremecido por los cánticos de bronce de una gran Revolución, supo prematuramente de Rousseau y de Montesquieu, cuando no del fogoso Lamennais; que en su afán de constituirse sobre imágenes opuestas a las del centralismo que abominaba, había buscado fervorosamente inspiraciones en los ‘artículos

(170) Quién es quién en la Argentina (...), op. cit., ps. 642-643 y 646.

(171) Anales del Instituto Popular de Conferencias, t. XXXVI, Buenos Aires, Vaccaro, 1956, p. 18. En 1950 también dictaron conferencias: Pedro S. Acuña, Luis Reissig, nuevamente Osvaldo Loudet, Carlos Serrey, José Palacio, Tomas Álvarez Angulo, Roque Lanús, Jorge Luis Borges, Henry Champly, Kurt Pahlen, Pedro L. Cereseto, Adolfo S. Espíndola, Francisco Madrid, José A. Oria, Ricardo Rojas, Prospero G. Alemandri, Antonio de la Torre, Francisco Romero y Juan A. Briano (op. cit., ps. 5-6).

de confederación' redactados por las trece Colonias de América del Norte para apoyar en ellos su primer ensayo de vida independiente; que al alcanzar su constitución definitiva había aceptado como guías, por ejemplo, las versiones de Curtís debidas a la pluma de José María Cantilo, abuelo, y prologadas por Dalmacio Vélez Sarsfield; las de Tiffany, debidas a la pluma de Clodomiro Quiroga; las de Cushing, de Paschal y de los 'comentarios' de Story, debidas a la de don Nicolás Antonio Calvo; y aun las glosas —hablo, siempre, de aquel período de formación casi heroica— de los jusnaturalistas neerlandeses o eclesiásticos, de los analítico-utilitaristas de la Gran Bretaña o de los romántico-historicistas de los estados de Alemania. De ahora en más, estamos compensados: Hans Kelsen es hoy quien ha venido hacia nosotros, lejano emulador, como los que lo precedieron, de los excelsos preceptores de la Magna Grecia, y quien habrá de derramar, pues, sobre nuestras tierras ávidas, sugerencias que repercutan sobre la raíz de nuestro ideal. Kelsen está entre nosotros, decía, y cualquier frase de amplificación sería pleonasma: no habiendo podido ocurrir que estuvieran igualmente Stammler, ni Croce, y tal vez ni Schreier, a quienes ciertamente no pretendo compararlo pero con quienes ha compartido o podido compartir en alguna medida, el principado que innegablemente ejerce, el vacío queda colmado, y sus muchos admiradores y discípulos, de la Argentina, deben tener la sensación de que bien ha valido la pena de esperar hasta que su presencia lo colmase. Nuestro ilustre visitante, al elegir como tema de su disertación el de 'El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas', se ha decidido por un orden de doctrinas y de soluciones que, por nuestra parte, estamos siempre dispuestos a tratar con preeminencia, desde luego, por haber sido el que principalmente atrajo las actividades de nuestro también ilustre primer presidente doctor Estanislao S. Zeballos, internacionalista cuya obra veneramos y a cuya concepción jurídica, en que el hombre es el centro y fundamento del derecho, no podríamos dejar de mantenernos fieles. Y bajo la inspiración de esta evocación, que con ser la del respetado presidente es también la de aquel su magnífico don de gentes que tan altas manifestaciones alcanzaba, y como si hablara por encargo cuyo digo, pues: profesor, tenéis, ya, la palabra. Hacednos el honor de comenzar. (Veuillez nous faire Honneur de commencer, M. Kelsen; nous sommes impatients de vous entendre)" (172).

Kelsen disertó en inglés el 22 de agosto en el suntuoso Salón de Actos del Instituto Popular de Conferencias sobre "El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas", en lo que fuera la decimoquinta sesión de ese ciclo. Se trataba de un tema de suma actualidad. El Pacto del Atlántico acababa de

(172) "Discurso del vocal doctor Juan Carlos Rébora" en Anales del Instituto Popular de Conferencias, tomo XXXV, Buenos Aires, Vaccaro, 1950, ps. 257-258.

entrar en vigencia por esos días, aunque para Kelsen no era un tema novedoso y ya se había ocupado del asunto con anterioridad ⁽¹⁷³⁾.

Tal como explica Gómez, las conferencias del Instituto Popular eran difundidas en el diario *La Prensa* al día siguiente, en un espacio que generalmente tenía más de media página y solía incluir fotografías, lo cual aumentaba el prestigio y la repercusión social del evento ⁽¹⁷⁴⁾. Efectivamente, *La Prensa* le dedicó al día siguiente una crónica mucho más extensa en comparación con el espacio que el mismo medio venía dedicando a las anteriores conferencias de Kelsen. Lamentablemente no incluyó fotos del evento. Destaco ahora solo algunos datos de interés sobre los asistentes, prescindiendo de transcribir la síntesis completa:

“Numerosa y calificada concurrencia asistió ayer a la sesión pública extraordinaria, realizada en el salón de actos de *La Prensa* por el Instituto Popular de Conferencias, en la que el profesor Hans Kelsen disertó sobre el tema ‘El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas’. Presidió la reunión el vicepresidente de la institución, doctor Arturo Capdevila, y ocuparon el estrado y lugares de preferencia los señores Mariano J. Drago, Luis A. Podestá Costa, Oscar A. Marino, Leonardo Mac Lean, Alberto M. Orol, Alejandro Gancedo (hijo), Ernesto C. Hermida, Juan A. Briano y otras personas. Presentó al orador el doctor Juan Carlos Rébora, quien se refirió a los hombres de ciencia europeos que han visitado nuestro país (...). ‘Considero para mí un extraordinario honor —empezó diciendo el profesor Kelsen, que se expresó en inglés— ocupar la tribuna del Instituto Popular de Conferencias, que es una de las instituciones más altas en la civilización y cultura de la República Argentina’” (“Disertó el profesor Hans Kelsen en el Instituto Popular de Conferencias; *La Prensa*, 23/8/1949, p. 6).

La conferencia también mereció una crónica del diario *La Nación*:

“Una reunión extraordinaria realizó ayer el Instituto Popular de Conferencias en el salón de actos de nuestro colega, *La Prensa*, para escuchar el examen del doctor Hans Kelsen sobre ‘El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas’, problema jurídico surgido de la naturaleza de ambos tratados. Analizó en primer término los alcances de la Carta respecto a las alianzas, pues la misma ‘reconoce el derecho de cada miembro de defenderse contra un ataque armado y permite a todos los otros Estados miembros a ayudar en su defensa propia al Estado atacado’, y agregó, refiriéndose

(173) KELSEN, H., “Collective security and collective self-defense under the Charter of the United Nations”, *The American Journal of International Law*, vol. 42, nro. 4, oct. 1948, ps. 783-796. Una traducción al castellano se publicó en Buenos Aires el año de su visita: “La seguridad y la defensa propia colectiva según la Carta de las Naciones Unidas”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 15, julio-agosto, 1949, ps. 767-786; también en *Revista del Instituto de Derecho Internacional*, FDyCS, Año II, nros. 7-8, 1949, ps. 191-210.

(174) GÓMEZ, H., “Los diarios como espacios públicos. La Prensa en la vida social de Buenos Aires a comienzos del siglo XX”, *Intersecciones en Antropología*, UNCPBA, nro. 9, 2008, p. 267.

al caso particular del Pacto del Atlántico Norte, que este, ‘a diferencia de los Tratados Interamericanos y Ayuda Recíproca y de Bruselas, no contiene disposiciones relativas al arreglo de disputas locales (...)’. En sus últimos juicios, expresó el disertante: ‘El derecho de legítima defensa colectiva o individual está reconocido por la Carta solamente como una medida provisional de emergencia para llenar la inevitable laguna entre la ocurrencia de un ataque armado y el momento en que las Naciones Unidas pueden intervenir, tomando las medidas específicas de seguridad colectiva. Si las Naciones Unidas demuestran ser incapaces de llenar esa tarea, y si la seguridad colectiva es reemplazada por la autodefensa colectiva, un tratado que organice la autodefensa colectiva deja de ser un mejoramiento de la Carta, para convertirse en un sustituto de ella. Ello significa la quiebra del sistema político por el cual las Naciones Unidas fueron creadas. Es mejor hacer frente a este hecho, que abrigar la peligrosa ilusión de que el Tratado de Defensa del Atlántico Norte, al no variar la redacción de la Carta, promoverá la causa de las Naciones Unidas’. El Dr. Kelsen habló en inglés” (“Conferencias. El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas”, *La Nación*, 23/8/1949, p. 4).

También la revista *Cursos y Conferencias*, en el número ya aludido de 1949, le dedicó un espacio:

“En el Instituto Popular de Conferencias de *La Prensa* habló el profesor Kelsen, en inglés, sobre ‘El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas’. El primer problema que se planteó fue el de si estaba en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas el Tratado de Defensa del Atlántico Norte (Washington, 4 abril 1949), lo cual lo llevó a otro problema previo: ¿es este Tratado un acuerdo regional? Llegó a la conclusión de que puede ponerse en duda que este tratado sea un acuerdo regional dentro del significado del art. 52 de la Carta, pero eso no implica que sea incompatible con la Carta. Luego planteó la cuestión de si el art. 51 de la Carta reconoce solamente a los miembros o también a los no miembros y Estados ex beligerantes, el derecho de autodefensa individual y colectiva. Después de dar su interpretación de todos los artículos pertinentes, concluyó que resulta muy posible interpretar que el art. 51 también se aplica a los Estados no miembros; en cambio, que el valor del tratado para un Estado ex enemigo es sumamente problemático. Después de señalar las disposiciones legales fundamentales del tratado de Defensa del Atlántico Norte, dijo que uno de los puntos más importantes es el de la interpretación del término ‘ataque armado’. Como no existe autoridad objetiva que tenga el poder de determinar cuándo una acción particular tiene o no el carácter de un ataque armado, expuso las diversas justificaciones que podrían aducir los distintos Estados, sin que exista posibilidad de una decisión objetiva sobre cuál de ellos es el agresor legal y cuál es el defensor legal. Concluyó que el derecho de legítima defensa colectiva o individual está reconocido por la carta solo como una medida provisional de emergencia hasta que las Naciones Unidas puedan interve-

nir, tomando las medidas específicas de seguridad colectiva. Si las Naciones Unidas demuestran ser incapaces de llenar esa tarea y si la seguridad colectiva es reemplazada por la autodefensa colectiva, ello significa la quiebra del sistema político por el cual las Naciones Unidas fueron creadas” (175).

Así como la conferencia sobre el Pacto del Atlántico pronunciada por Kelsen en Río de Janeiro el 29 de agosto fue publicada en portugués en un folleto por la Fundación Getulio Vargas en 1950, incluyendo la transcripción del diálogo que mantuvo posteriormente con Oswaldo Aranha, Hermes Lima, Melo Franco y Levi Carneiro (176); el texto completo de la conferencia homónima de Buenos Aires también se publicó en 1950, incluyendo las palabras de presentación a cargo de Juan Carlos Rébora, en los Anales del Instituto Popular de Conferencias (177).

X. KELSEN, LA LÓGICA Y LOS CRÍTICOS DEL GOBIERNO

Se ha especulado mucho sobre las tensiones que la visita de Kelsen habría generado en el plano político y particularmente hacia adentro del movimiento peronista. Es conocida la referencia de MétaI que da cuenta de que “Ambrosio Gioja, Ernesto C. Hermida y Hugo Caminos, le dieron a entender que, bajo el régimen dictatorial de Juan Domingo Perón, su visita podía ser utilizada como muestra de una libertad de expresión que en realidad no existía y que incluso en el Parlamento se había suscitado ya un recio debate sobre el particular” (178). Convencidos de ello, Hermida y Caminos habían intentado, infructuosamente, persuadir a Kelsen para que desistiera de viajar (179).

Más allá de las conjeturas, lo cierto es que esta conferencia generó una reacción de algunos voceros del oficialismo por intermedio del diario *El Líder*, que no provocaron aquellas que tenían por objeto temáticas netamente iusfilosóficas; aunque tal vez de manera indirecta, no tanto por el contenido en sí de la disertación, sino más bien por el valor simbólico del ámbito y el tema elegidos. El diario *El Líder* era un periódico que se autodefinía con el lema de su portada: “Tribuna Doctrinaria del Movimiento Peronista”. Junto con *El Laborista* y *Democracia*, conformaba —al decir de Panella y Fonticelli— “el coro de diarios peronistas, donde todos apoyaban la acción gubernativa y exaltaban a su líder, aunque con ópticas diferenciadas”, y estaba

(175) “Kelsen estuvo en Buenos Aires”, op. cit., p. 330.

(176) “Conferencia do Prof. Hans Kelsen”, reproducida en Boletim do Instituto de Direito Público e Ciência Privada, vol. 1, nros. 5-6, 1956; y en Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, nro. 20, 1977, ps. 69-78.

(177) KELSEN, H., “Conferencia del profesor Hans Kelsen. Tema: ‘El pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas’”, Anales del Instituto Popular de Conferencias, t. XXXV, Buenos Aires, Vaccaro, 1950, ps. 257-264.

(178) MÉTALL, R., “Hans Kelsen. Vida (...)”, op. cit., p. 89.

(179) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 410.

orientado por el Sindicato de Empleados de Comercio, encabezado por su titular, Ángel Borlenghi, quien además era el ministro del Interior ⁽¹⁸⁰⁾.

El 26 de agosto, cuando ya Kelsen se encontraba en Río de Janeiro, *El Líder* publicó un editorial en tapa titulado: “Kelsen, la lógica y los críticos del gobierno”. Destacaba además esta frase: “Los pueblos no ambicionan adecuar su vida a un derecho injusto sino adaptar el derecho al ideal de una vida justa”. Desde *El Líder* cuestionaban un supuesto uso político de Kelsen. Esto es, la hipótesis que plantean autores como Sarlo y que presencias como las de Ernesto Hermida en aquella conferencia, destacada por el diario *La Prensa*, parecieran confirmar: la conferencia de Kelsen en el Instituto Popular habría sido organizada por sectores antiperonistas para que fuera interpretado como un gesto político de contrapeso ⁽¹⁸¹⁾.

Vale la pena transcribir aquel editorial sin firma de *El Líder*:

“El diario *La Prensa* publica un resumen de las opiniones vertidas por el conocido jurista y filósofo del derecho Hans Kelsen, en la conferencia que pronunciara en el llamado Instituto Popular de Conferencias, dependiente del citado diario, y sobre el tema ‘El Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas’. Lejos de nosotros el propósito de entrar en una disquisición doctrinaria sobre un tema —más político que jurídico, por otra parte— de tan difícil esclarecimiento como el elegido por Kelsen. Esclarecimiento, por lo demás innocuo, porque los Estados que podrían estar interesados en el mismo, no demuestran un sincero deseo de guiar sus actos por esas supuestas obligaciones internacionales, sino que más bien su conducta se inspira en sus conveniencias circunstanciales. Nos interesa, sí, apuntar algunos aspectos relacionados con la actitud netamente logicista del pensamiento kelseniano y que parecería ensamblar con la posición falsamente doctrinaria que pretende asumirse en las conocidas críticas, para juzgar no solo actos de gobierno, sino —en general— todos los problemas. Es sabido que para la lógica no hay valoración: es suficiente que exista un enlace lógico o silogístico, entre los hechos que se contemplan. El lógico se coloca *au dessus de la mêlée* y desmenuza con científica frialdad los hechos, aun los que le tocan más de cerca, para llegar a la conclusión (...) que todo lo real es racional y viceversa, es decir: que todo lo que sucede es porque tiene una causa, concluyendo que como las causas no se pueden explicar sino por otras causas y como la última no se puede explicar, en definitiva: todo lo que sucede, sucede (...) porque sucede. De ahí que aquel chusco italiano, después de haber escuchado tan ‘profundas’ disquisiciones, concluyera con que ‘la filosofía e quella cosa, prima della quale e dopo la quale, si resta tal quale’. Pero el ver solamente el lado llamado formal de las cosas, satisfacerse con esa estéril

(180) PANELLA, C. y FONTICELLI, M., *La prensa de izquierda y el peronismo 1943-1949: socialistas y comunistas frente a Perón*, La Plata, EDULP, 2007, p. 16.

(181) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 412.

lógica formal, es lo más contrario que pueda existir a todas las manifestaciones de la vida y, más que en ninguna otra, de la vida humana. Encerrarse en la indiferencia frente a la valoración de los hechos, equivale a asumir una posición tal vez científica en otros terrenos, pero inconducente en el estudio de los fenómenos de la cultura. Porque toda la vida es valoración, puesto que es elección entre posibilidades y situaciones diferentes; es justicia o injusticia; es amor o es odio; es plenitud o es miseria; es creación o es muerte; es estancamiento o es progreso; etc. Las manifestaciones de la vida social son simplemente el fruto de una compleja serie de valoraciones sociales, que toman la forma de derecho, de moral, o de normas de otra especie.

"Un esfuerzo en vano

"Es vano el esfuerzo del profesor Kelsen de encontrar en el derecho nada más que la norma, siendo indiferente para él que esa norma tenga uno u otro carácter, siempre que sea general, vinculatoria y obligatoria. Tampoco sirve de nada pretextar —como hace— que los demás elementos 'sociológicos' del derecho pertenecen a otra categoría de estudios. En realidad, no solo elimina a los 'elementos sociológicos', sino que elimina a los mismos hombres, al identificar el Estado con el Derecho y a este con la norma. Renacería así el absolutismo: el Estado soy yo, decía Luis XIV; el Estado soy yo, dice el Derecho, en la concepción de Kelsen. Su pureza de método, se convierte en insuficiencia metodológica, porque separa del objeto de estudio lo que es consubstancial con el mismo. Equivaldría a estudiar un cuerpo humano, prescindiendo de que es materia con vida; se estudiaría tal vez un cadáver, pero no un cuerpo. Ese es el Derecho de Kelsen: un Derecho sin vida; muy bien explicado, analizado, comparado y clasificado, pero examinado como fósil. Le quitó primero lo que realmente importa: la vida; quizá para estudiarlo mejor, pero no se percató de que lo que estudiaba había dejado de ser derecho. No es extraño que el anciano profesor haya elegido la tribuna que se le ofrecía para hablar —en inglés— de un tema aparentemente jurídico y de poca trascendencia práctica para los argentinos, como es el 'Pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas'. Nuestra posición internacional en esa materia es bien conocida, y no es el caso siquiera reseñarla.

"Sin pecar de suspicaces

"En cambio, destacamos que se perfila en la actitud del diario de referencia, una intención que no puede ser irreflexiva. Sin querer pecar de suspicaces, pareciera que se quiere introducir una cuña en la opinión de ciertos sectores del país, para inclinarla hacia orientaciones de claro interés foráneo, porque si a Kelsen nada le preocupa lo que no entra en el campo de su lógica, hay —en cambio— quienes se interesan mucho en hacer entrar la aureolada lógica kelseniana en el campo de sus conveniencias materiales. El examen minucioso de disposiciones legales es encomiable y útil cuando realmente lo son, es decir: cuando llevan consigo el poder o la fuerza, o la fa-

cultad para hacerlas cumplir, pero aquí nos encontramos con normas para usar el vocablo tan caro a Kelsen que solo pueden hacer cumplir los fuertes, por lo que mucho es de temer que se vuelva a repetir el caso del ‘lobo y del cordero’, en que el poderoso sea el único que dicte, interprete y aplique la ley. Con lo cual Kelsen, la lógica y *La Prensa*, se quedarán tan satisfechos. ¡Cuán diferente es el criterio de los pueblos, que ven en el derecho la concreción de sus aspiraciones, de sus necesidades, de sus luchas! Ellos no quieren adaptar su vida a un derecho injusto, por más lógico que sea, sino que quieren adaptar el derecho al ideal de una vida justa. Esa lección — que tampoco carece de lógica — es la que algunos sabios y algunos diarios, todavía no han aprendido” (“Kelsen, la lógica y los críticos del gobierno”, *El Líder*, 26/8/1949, tapa).

El tema de esta conferencia es uno de los que Kelsen reproducirá en Brasil, lo que obliga a repensar el despropósito de las especulaciones de *El Líder* acerca de la elección del tema. Además, conviene despejar cualquier asimilación que una lectura superficial de la “iusfilosofía peronista”, invocada en *El Líder*, pudiera remitir a la teoría egológica en la medida en que resuena cierto eco en la impugnación del logicismo de la teoría pura del derecho. Una exposición coincidente con esa crítica, desde el “peronismo iusfilosófico” y su ideal de un derecho justo, puede verse en el pensamiento del profesor Domingo Galati, quien en 1949 había celebrado la inclusión de la obra existencialista de Jean Paul Sartre en el *Index Librorum Prohibitorum* de la Iglesia Católica y declarado, también: “El gran movimiento renovador de la Argentina contemporánea está en el tomismo”⁽¹⁸²⁾. En un discurso pronunciado en 1952, al presentar una serie de conferencias dictadas en el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Derecho por el doctor David Zambrano (h), bajo el título “El idealismo jurídico de Hans Kelsen”, Galati dedicaba pareja crítica a las teorías de Kelsen y Cossio desde su iusnaturalismo tomista:

“Creemos estar todos de acuerdo en que el Derecho tiene su expresión propia en la Norma Jurídica, y como tal, participa del orden normativo. Pero esta premisa, no implica agotar ni reducir el Derecho a un puro normativismo, despojándolo de toda fundamentación ética y social. La ilusión de Kelsen fue construir una geometría de las formas jurídicas (*Geometrie der Rechtserscheinung*) tomando como medio el método lógico-formal, dejando fuera de consideración todo elemento sociológico, ético o político. En esto consiste su pureza metódica (...). Por eso es falsa la posición de Kelsen de dividir la ontología en dos esferas distintas: un mundo del ser (naturaleza) y otro mundo del ‘deber ser’, donde ubica el Derecho; puesto que todo cuanto

(182) KORN, G., “La revista Cultura (1949-1951). Una sutil confrontación”, en C. PANELLA y G. KORN (comps.), *Ideas y debates para la nueva Argentina: revistas culturales y políticas del peronismo*, vol. I, La Plata, UNLP, 2010, ps. 84 y 85.

pertenece al orden de los fines (esto es, del deber ser), pertenece también al orden del ser, que en definitiva es el bien (...). Kelsen siente horror a la Metafísica. De ahí su inquina al Derecho natural y al Derecho justo. Dice Santo Tomás de Aquino, con profundo sentido: 'Una ley humana no es verdaderamente ley sino en cuanto deriva de la ley natural; si en cierto punto se aparta de la ley natural, no es ya ley, sino violación de la Ley'. No vaya a creerse que estoy fuera del ámbito del Derecho positivo —sería un pensamiento kelseniano o egológico— en absoluto (...) El derecho natural es la raíz de la cual vive, la base, sobre la cual se apoya y se rige el Derecho positivo. Como se ve, entre Derecho natural y Derecho positivo, hay distinción, pero no división, dividirlos —como hace Kelsen y el conductismo jurídico—, sería una locura; sería como si se dividiera el germen o la semilla de la planta. En cuanto al problema de la justicia, vayamos más despacio. Un pensamiento de Perón, nos aclara el panorama: 'Entendemos a la Patria de una sola manera: Justa, Libre y Soberana' (6-5-49). El dogmatismo normativista kelseniano, con su nominalismo filosófico y su Teoría del Derecho injusto, es el último reducto del Capitalismo decadente de Occidente, cuyo ocaso despunta sobre el horizonte violáceo del mundo. Constituye el polo opuesto de la Revolución Justicialista Argentina, donde el hombre no es una simple expresión lógica, contenida en una norma, sino un ser humano, que piensa, ama y quiere; un ente creado a imagen y semejanza de Dios, y a quien se respeta en todas las jerarquías de su ser. 'Lo que faltó a Grecia —dijo el General Perón— para la definición perfecta de la comunidad y del Estado fue precisamente lo aportado por el cristianismo; su hombre vertical, imagen de Dios' (9-4-49). El problema del mundo, es el problema del Derecho justo, el problema de la Justicia Social. La doctrina justicialista, concebida por el líder de la revolución, general Juan Domingo Perón y su dignísima esposa doña Eva Perón, ha resuelto el problema del dolor del mundo, con la especificación de un humanismo integral de orientación cristiana, marcando la ruta por donde ha de deslizarse la auténtica filosofía argentina, con plena conciencia de su misión constructiva" (183).

Casos como el de Galati constituyen la expresión iusfilosófica de la doctrina justicialista, de raigambre aristotélico-tomista, de la que participaban, entre otros, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, To-

(183) GALATI, D., "Ciclo de conferencias sobre Kelsen. Discurso del Doctor Domingo Galati", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, nro. 32, enero-abril, 1953, ps. 226-230. Con su particular estilo, Galati habría de "refutar" también a Ortega con citas de discursos pronunciados por Perón: "El broche final: contra esta doctrina y todo existencialismo, la Filosofía Justicialista hace su entrada triunfal en el escenario de la Historia contemporánea, con una declaración de fe en el valor absoluto de la verdad; fe que conserva incólume a través de su luminosa trayectoria. 'Miremos entonces el mañana de la Patria; afirmemos en los cimientos incommovibles de la verdad, sus instituciones; y si mañana nuestra moral se debilita, que Dios nos mande la muerte, antes de haber reemplazado a esa verdad por la mentira o los sofismas, que al envilecernos puedan envilecer a la patria y a su historia' (Perón, 26 de octubre de 1944)" (GALATI, D., "Don José Ortega y Gasset. Su filosofía", Cuadernos del Ateneo, nro. 4, Ateneo de Estudiantes Universitarios de Derecho, Buenos Aires, 1954, p. 21).

mas D. Casares, o el jurista de la reforma constitucional de 1949, Arturo E. Sampay. Se impone entonces una aclaración necesaria, ante la difundida e infundada opinión que pretende alinear la doctrina justicialista del primer peronismo con la filosofía del derecho de corte egológico. Atienza, por ejemplo, aunque admite que el enfrentamiento con la Iglesia fue uno de los factores que determinaron el derrocamiento del gobierno de Perón y que no se puede olvidar el apoyo que en un principio recibió de aquella, llegó a especular:

“Desde un punto de vista político, me parece que la vinculación entre el peronismo y la teoría egológica no fue un hecho puramente casual. El personalismo, la retórica, cierto confusionismo ideológico, el nacionalismo (la teoría egológica pretende ser la síntesis —argentina— de la jurisprudencia inglesa, alemana y francesa), las falsas superaciones (de la democracia liberal en el peronismo y de la teoría pura en la egología) o el antagonismo frente a la Iglesia Católica (que en Cossio toma la forma de oposición al jusnaturalismo), son datos, quizá, significativos” ⁽¹⁸⁴⁾.

Es insuficiente reconocer la relación del peronismo con la Iglesia Católica ⁽¹⁸⁵⁾ y su doctrina jurídica, sin advertir que ese es el *quid* de la cuestión para distinguir a la teoría egológica de tradiciones iusfilosóficas como las expresadas por Galati, que se corresponden con el ideario esgrimido por *El Líder* ante Kelsen, que se apoyan precisamente en bases iusnaturalistas de corte aristotélico-tomista. Cossio se había pronunciado oportunamente contra el perfil de profesores como Galati: “[V]iviéndose la extraordinaria dimensión peronista que da cuño a la vida argentina en el actual momento —y esto sí que es un hecho— realiza mucho más por la salud nacional, en su modesta esfera de acción, el profesor que silenciosamente cumple su tarea docente analizando hechos en comunicación con sus discípulos, que no aquel otro que declama fuerte solo para entrar en contacto con la gente que está lejos” ⁽¹⁸⁶⁾. Reafirmando su crítica al cuerpo de “profesores-políticos” que se habían lanzado a la acción de propaganda oficialista, posteriormente calificaría Cossio aquella caracterización como “un visible sarcasmo para la Universidad peronista”, ya que “la Facultad había abandonado el análisis científico de nuestros problemas, para entregarse a una acción de propaganda personal puramente verbalista”. De ahí que cupiera distinguir “el profesor que se ha aislado en su aula con sus discípulos para analizar hechos en silencio, vale decir, el verdadero profesor, al profesor-político que

(184) ATIENZA, M., *La Filosofía del Derecho argentina* (...), op. cit., p. 66. Actualmente Atienza sostiene un juicio similar: “20th-Century Philosophy of Law in Argentina”, en E. PATTARO y C. ROVERSI (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12 - “Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World”, Netherlands, Springer, 2016, p. 817.

(185) Al respecto, CAIMARI, L., *Perón y la Iglesia católica. Religión, Estado y sociedad en la Argentina (1943-1955)*, Buenos Aires, Ariel, 1994.

(186) MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *El Movimiento Justicialista y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Encuesta, Buenos Aires, FDyCS UBA, 1952, ps. 74 y 75.

declamaba en la Facultad para que lo oyeran en la Casa Rosada”; en un escenario en el cual, en su opinión, “el hecho del que no se hablaba ni se quería hablar en la Facultad, era el hecho de la tiranía. Porque del ex presidente, de su esposa y del peronismo se hablaba demasiado en una permanente propaganda” (187).

La teoría egológica padeció, al igual que la teoría pura del derecho, de la injustificada asociación con diversas doctrinas políticas e ideológicas. Respecto de su teoría jurídica Kelsen había cuestionado: “Califícanla los fascistas de liberalismo democrático; los demócratas liberales o socialistas considéranla precursora del fascismo. Del lado de los comunistas es descalificada como ideología de un estatismo capitalista; del lado del capitalismo nacionalista, ora como craso bolchevismo, ora como anarquismo oculto (...), no hay en general dirección política alguna donde no se haya sospechado de la teoría pura del Derecho. Mas eso prueba precisamente su pureza, mejor de lo que ella misma pudiera” (188).

Luego de consumado el golpe de Estado de 1955 y ante la inminente separación del cargo que sufrirían muchos profesores y profesoras por razones políticas (189), desde la Southern Methodist University School of Law en Dalas (Texas, EE. UU.), los discípulos de Cossio: Julio Cueto Rúa, Genaro Carrió, César Espigares Moreno y Julio Gottheil, profesores y alumnos a su vez del “Law Institute of the Americas”, expresaron al decano interventor de la Facultad de Derecho su parecer sobre la obra de su maestro:

“No vacilamos en calificar al profesor Carlos Cossio, de maestro en el más auténtico y puro sentido del término. Lo demuestra, entre otras circunstancias, el hecho decisivo de que él ha sido capaz de formar una escuela jurídica argentina de resonancia internacional. Su enseñanza ha sido profunda, meditada y seria, y jamás ha salido del plano estrictamente científico. Por otro lado, su teoría jurídica no es la teoría del fascismo, el nazismo, o el peronismo, como se ha dicho con singular desaprensión y superficialidad. Por el contrario, afirma con gran energía el valor de la personalidad humana” (190).

(187) COSSIO, C., *La política como conciencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, ps. 291 y 294.

(188) KELSEN, H., *La teoría pura del derecho* (trad. Jorge Tejerina), Buenos Aires, Losada, 1946, p. 21.

(189) Al respecto, ORTIZ, T., “La Libertadora y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Parte III”, en T. ORTIZ y L. SCOTTI (coords.), *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, hacia su Bicentenario*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones FD UBA, 2019, ps. 11-45.

(190) Nota firmada por Cueto Rúa, Carrió, Espigares Moreno y Gottheil al Delegado Interventor Alberto Padilla, fechada en Dallas, el 8 de noviembre de 1955. Legajos de Profesores. Doctor Carlos Cossio, en Museo y archivo histórico de la Facultad de Derecho - UBA.

XI. KELSEN EN LA CUNA DE LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO: LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

Al igual que la invitación para disertar en Montevideo, la presencia de Kelsen en la Universidad Nacional de La Plata no estaba en sus planes antes de su arribo al país. Al día siguiente de su conferencia en el Instituto Popular de La Prensa, el 23 de agosto Kelsen pronunció una conferencia que, por razones ya no políticas, sino filosófico-jurídicas, merece ser dimensionada también, por el peso simbólico del tema tratado y el lugar elegido. Se trataba de la Universidad Nacional de La Plata, en la que Cossio había iniciado en 1934 su actividad académica, primero como profesor adjunto y luego como profesor titular de Filosofía del Derecho hasta mediados de 1949, ámbito en el cual había introducido la enseñanza de la teoría pura del derecho de Kelsen y comenzado a desarrollar su teoría egológica. Cossio llegó a ser vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales entre 1940 y 1943, durante las gestiones de Juan Carlos Rébora, primero (1938-1941), y Alfredo Palacios luego (1941-1943), como presidentes de la Universidad platense ⁽¹⁹¹⁾. En su cátedra se habían desempeñado como profesores adjuntos, Ernesto Campolongo y Ambrosio Gioja ⁽¹⁹²⁾.

Tal como lo destaca Pettoruti, “[e]n La Plata Kelsen fue presentado como la figura cumbre del pensamiento jurídico. La reconstrucción de su conferencia es posible a través de los diarios de la época, que titulan ‘Disertó el Dr. Kelsen sobre la Teoría Pura del Derecho y el problema de la conducta’. Fue presentado por el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales como el gran filósofo del derecho contemporáneo que dio nuevo brillo a los estudios y a la renovación de los temas en el campo de la filosofía jurídica. También en los diarios de aquel tiempo podemos leer que Kelsen expuso con rigor científico y admirable claridad, algo que era propio de su forma de expresarse. En esa conferencia trató el problema del objeto del derecho y destacó como aspecto crítico de la Teoría Egológica que esta anteponía la conducta a la norma, cuando en realidad la norma jurídica es preexistente y no puede basarse en la conducta” ⁽¹⁹³⁾.

Así anunciaba la conferencia de Kelsen en La Plata, el diario *El Día*:

“Esta tarde a las 18 en el salón de la Escuela Superior de Bellas Artes pronunciará su anunciada conferencia el doctor Hans Kelsen sobre ‘La teoría pura del derecho y el problema de la conducta’. El expositor, que se en-

(191) Legajos de Profesores. Doctor Carlos Cossio, en Museo y archivo histórico de la Facultad de Derecho - UBA. “Presidentes de la UNLP”, disponible en https://unlp.edu.ar/historia/presidentes_de_la_unlp-4221

(192) Universidad Nacional de La Plata, Filosofía del Derecho. Programa y Bibliografía, FCJyS, 1945.

(193) PETTORUTI, C., “Ser humano y norma. Una perspectiva argentina sobre la Teoría Pura del Derecho”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales, ICJ FCJyS UNLP*, nro. 13, 2015, p. 230.

cuenta en el país invitado por las autoridades de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, es considerado como el más grande pensador del mundo jurídico contemporáneo” (“Disertará en La Plata el Dr. Kelsen, figura cumbre del pensamiento jurídico”, *El Día*, 23/8/1949, p. 5).

El diario *El Argentino* detallaba:

“El acto ha sido organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales habiendo sido invitadas las autoridades universitarias. Con motivo de la citada conferencia la clase de Seminario de Introducción que debía realizarse hoy ha sido postergada para el próximo miércoles a la misma hora, en la mencionada Facultad” (“Hablará hoy en Bellas Artes el filósofo Kelsen”, *El Argentino*, 23/8/1949, p. 4).

El mismo medio daba cuenta al día siguiente:

“En el salón de Actos de la Escuela Superior de Bellas Artes y con asistencia del rector de la Universidad Nacional de La Plata, doctor Julio M. Laffitte, disertó el eminente filósofo doctor Hans Kelsen, sobre el tema ‘La Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Conducta’” (“Sobre ‘La teoría pura del derecho y el problema de la conducta’ disertó el eminente filósofo Hans Kelsen”, *El Argentino*, 24/8/1949, p. 6).

Según se aprecia en una foto que acompaña la nota, la concurrencia habría superado la capacidad del Salón de Actos, colmado con gente de pie. La crónica que recogió el diario *El Día* daba cuenta de que Kelsen citó en varias ocasiones a Cossio y de que se ocupó especialmente de la disputa central con la teoría egológica acerca del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica:

“Crecida y calificada concurrencia se dio cita ayer en el salón de la Escuela de Bellas Artes de la Universidad para escuchar la palabra del eminente jurista austríaco Dr. Hans Kelsen, quien disertó sobre la teoría pura del derecho y el problema de la conducta. El famoso profesor y autor de la teoría pura del derecho fue presentado al público por el decano de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Dr. Juan F. Muñoz Drake, que lo hizo en francés, refiriéndose al prestigio mundial del gran filósofo del derecho contemporáneo, quien dio nuevo brillo a los estudios y a la renovación de los temas en el campo de la filosofía jurídica, agregando la satisfacción de la Universidad y de la facultad por su presencia en nuestra ciudad. Con rigor científico y una admirable claridad, el Dr. Hans Kelsen, que también se expresó en francés, entró en materia, señalando que cabía preguntarse como cuestión inicial, cuál era el objeto del derecho, diferenciando marginalmente el derecho como ciencia del derecho positivo, racional, conjunto sistematizado de normas jurídicas. Después podría hablarse de un derecho estático o en reposo, en oposición a un derecho dinámico, que crea su propia sustancia en movimiento, el conferenciante señaló las dificultades de orden

teórico o doctrinario que presenta la teoría egológica del derecho, al identificar su objeto con el estudio normativo de la conducta humana, tanto en la prescripción como en la prohibición de tales o cuales actos. Manifestó que la distinción de derecho objetivo y de derecho subjetivo, si bien contribuye a aclarar el campo materia de su disertación —el fenómeno del derecho y cuál es el objeto de su estudio— no es tan eficaz para su dilucidación como las diferencias que surgen entre la norma jurídica y lo que llama el Dr. Kelsen ‘regla de derecho’. Dio a continuación, con el ejemplo de cuando nace la norma jurídica, ante el hecho generador, como en el caso del robo que en su sanción pone en movimiento la aplicación de una norma legislativa preexistente por la aplicación, a su vez, del órgano jurisdiccional, el tribunal, para concluir que sería erróneo juzgar que existe en todos los casos una mera o simple relación de causalidad entre el hecho punible y su sanción. La norma jurídica es preexistente y no puede relacionarse o basarse en la conducta, toda vez que, como dijo el Sr. Kelsen, que siguió utilizando el ejemplo del robo o del ladrón, existen hechos punibles que al ignorarse no son castigados, aunque el autor conozca su ilegalidad o prohibición, no entrando, en consecuencia, a juzgar la efectividad de la norma jurídica, por lo que añadió que, según cómo se examine el problema, el derecho, como ciencia, es ajeno a la norma jurídica, en su concepto puro, pues esta última pone en acción el derecho dinámico o sustantivo. Todo acto de la conducta humana, no entra tampoco en el ámbito de la ciencia del derecho, contra lo que sostiene el Dr. Cossio, a quien citó en varias ocasiones, para expresar que las objeciones del profesor argentino a diversos libros suyos le determinó a fijar con mayor precisión su tesis, a fin de marcar su distancia de los asertos de la escuela egológica al decir que lo que no está prohibido jurídicamente, está permitido. Para deslindar bien la naturaleza y el objeto de la ciencia del derecho, y no limitarlo al mero estudio de las normas jurídicas, valióse el conferenciante de la analogía con el estudio de la naturaleza, para derivar de la misma la diferencia entre ambas. Formuló algunos reparos a la total asimilación, pues si la ciencia de la naturaleza se dedica al estudio de los hechos naturales, en esta rige fatalmente la ley de la causalidad, vinculando el efecto a su causa, así en la dilatación de los metales por el calor, manifestando luego que en el estudio de las normas jurídicas o del fenómeno jurídico no puede observarse nunca igual grado de consecuencia o de causalidad, aunque la punibilidad o la sanción siga al delito, o a cualquier acto que motive la aplicación de la norma jurídica. Citando un concepto de Kant —‘el conocimiento crea su objeto’— manifestó el Dr. Kelsen que es forzosamente necesario vincular al fenómeno del derecho la raíz epistemológica que plantea en cualquier rama del saber humano, el problema del conocer. Si en la naturaleza el metal se dilata por el calor, rige ese fenómeno la palabra ‘es’ mientras que en el derecho solo cabe emplear la palabra ‘debe’ para referirnos siempre al ejemplo de que al robo ‘debe’ seguir la sanción de la norma. Al finalizar manifestó el Dr. Kelsen que concretaría su exposición, contes-

tando la pregunta formulada al comienzo de la disertación, afirmando que el objeto del derecho puro es la regla jurídica y que esta es la manera cómo el derecho crea su propia existencia, en tanto que la norma jurídica incide en el campo del derecho positivo. El público subrayó con cálidos aplausos al término de la conferencia los altos méritos del Dr. Hans Kelsen en el campo de la filosofía del derecho” (“Disertó el Dr. Kelsen sobre la teoría pura del derecho y el problema de la conducta”, *El Día*, 24/8/1949, p. 4).

La conferencia en la ciudad de La Plata fue la última actividad académica de Kelsen en la Argentina. Resulta notable que, si bien esta fue una de las actividades que Kelsen sumó fuera de su agenda inicial, a diferencia de las de Montevideo y Río de Janeiro, en las que reiteró temas que ya había tratado en Buenos Aires, para la Ciudad de La Plata preparó una conferencia especial, con un título sugestivo y de neto contenido iusfilosófico, aunque eso sí, sobre la base de una de las conferencias pronunciadas en la Universidad de Buenos Aires. Respecto de la conferencia platense, dirá Cossio: “Quienes escuchamos la segunda conferencia de Buenos Aires y cómo la arregló para hablar en La Plata el 23 de agosto, advertimos sin dificultad nuevos cambios y flamantes concesiones a la egología”⁽¹⁹⁴⁾. Lamentablemente no he podido dar con la versión completa de esta conferencia especialmente “arreglada” para La Plata, sobre el texto de la pronunciada el 10 de agosto en Buenos Aires.

XII. ECOS DE KELSEN CON REVERBERACIÓN EGOLÓGICA

El profesor de la UNAM Fausto Rodríguez García, al comentar la publicación de las conferencias que Kelsen no pudo completar por razones de salud, en México en 1960, entendía que Kelsen se había preocupado centralmente en los últimos años en “afirmar y reafirmar su postura racionalista frente al Derecho”:

“[S]obre todo a raíz de su visita a la Argentina, en cuya ocasión la ‘teoría egológica del Derecho’, por conducto de su creador Carlos Cossio, emplazó a la ‘teoría pura’ con una crítica fundamental, que posteriormente habría de traducirse en una polémica de resonancia mundial, a través de los brillantes y magistrales alegatos, de ambos colosos del pensamiento iusfilosófico, que se dieron al conocimiento del público especializado en diversas revistas jurídicas de prestigio internacional. Muy sintomático de tal preocupación es el hecho de que Kelsen abra el discurso de esta Introducción —tal como lo hizo en sus conferencias en México, y anteriormente lo había hecho en las de Buenos Aires (1949)— abordando, aunque de modo deficiente y superficial, el problema ontológico del Derecho: ‘El Derecho: norma o hecho’, para concluir, dogmáticamente, con la reiteración de su profesión de fe normati-

(194) COSSIO, C., “Teoría egológica y teoría pura (...)”, op. cit., p. 836.

vista e idealista, afirmando, naturalmente, que el ‘Derecho’ como objeto de la Ciencia del Derecho, es norma” (195).

Decía por entonces Kelsen, en aquella presentación titulada “El Derecho: norma o hecho”:

“La teoría pura del derecho, como su nombre lo indica, es una teoría del Derecho. La forma por la que se elabora una teoría está determinada por su objeto. A fin de captar lo peculiar de una teoría del Derecho, debemos conocer la naturaleza de su objeto: en consecuencia, una teoría del Derecho debe, antes que nada, contestar a la pregunta: ¿Qué es el Derecho? Aun cuando la Teoría del Derecho, o como es comúnmente llamada en la literatura angloamericana, ‘Jurisprudence’, es una de las ciencias más viejas, no hay una definición universalmente aceptada sobre el concepto de Derecho. Existen dos puntos de vista diferentes en relación con esta materia. De acuerdo con el uno, el Derecho es un hecho, una conducta determinada de los hombres, que tiene lugar o se realiza en el tiempo y en el espacio y puede ser percibida por nuestros sentidos. Las relaciones jurídicas son relación de hechos de la vida (...). De acuerdo con el otro punto de vista, el Derecho no es un hecho, sino una norma” (196).

Precisamente en 1960, en la segunda edición de *Teoría pura del derecho*, Kelsen insistirá sobre aquella divergencia fundamental con la teoría egológica, reafirmando su distinción entre “estática” y “dinámica” del derecho:

“En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero solo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas. Las relaciones entre los hombres solo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas. La ciencia del derecho intenta concebir ‘jurídicamente’ su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho (...) esta es la posición frente a la llamada teoría ‘egológica’ del derecho, que sostiene que el objeto de la ciencia del derecho no son las normas sino la

(195) RODRÍGUEZ GARCÍA, F., reseña “Introducción a la Teoría Pura del Derecho — Hans Kelsen”, Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, nro. 40, 1961, ps. 201 y 202.

(196) KELSEN, H., Introducción a la Teoría Pura del Derecho (trad. Emilio Rabasa), 3a ed., 1a reimp., México, UNAM, 2002, ps. 19 y 20.

conducta humana (...). Depende de cómo se acentúe uno u otro elemento en esta alternativa: las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de las normas, que el conocimiento se oriente hacia las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana, o bien a determinados actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por normas, pudiendo distinguirse entre una teoría estática y una teoría dinámica del derecho”⁽¹⁹⁷⁾.

También en su obra póstuma *Teoría general de las normas* (1979), Kelsen había dedicado unos párrafos a la misma cuestión:

“En su llamada teoría ‘egológica’ del derecho, Carlos Cossio (...) afirma (...) que el objeto de la ciencia jurídica no son reglas —esto es, dado que las reglas del derecho son normas, que el objeto de la ciencia jurídica no son normas— sino la conducta humana dada en la experiencia (...). Eso solo puede referirse a los actos de producción y aplicación del derecho, que tienen lugar en el espacio y en el tiempo y están ligados a otros hechos de la realidad natural mediante el principio de la causalidad (...). Si los actos que se producen en el proceso jurídico son valorados como justos o injustos, es porque las normas establecidas o aplicadas por esos actos concuerdan o no concuerdan con algún principio normativo de justicia que de una forma u otra se presupone. Lo que es justo o injusto es la norma jurídica establecida o aplicada. Solo por el contenido de esa norma puede ser juzgado como justo o injusto el acto mediante el cual fue establecida o aplicada. Solo en ese sentido mediato es justo o injusto. Por eso la ciencia jurídica tiene que tomar como objeto esas normas, y los actos mediante los que son producidas y aplicadas, solo en la medida en que, como actos productores y aplicadores de normas, son actos determinados por normas jurídicas y en este sentido son actos jurídicos”⁽¹⁹⁸⁾.

Sobre la tesis que presenta a la teoría pura del derecho como lógica jurídica, cuando el profesor Julius Stone, de la Universidad de Sídney, formuló una crítica análoga en 1964⁽¹⁹⁹⁾, Kelsen esgrimió una respuesta de infundible resonancia:

“[E]n lo concerniente a la relación entre la teoría pura del derecho y la lógica he rechazado la opinión expresada por algunos autores de que mi teoría es meramente lógica jurídica. He manifestado que no es lógica jurídi-

(197) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM, 1979, p. 83.

(198) KELSEN, H., *Teoría general de las normas* (trad. Miguel Ángel Rodilla), Madrid, Marcial Pons, 2018, ps. 312 y 313.

(199) STONE, J., *Legal system and lawyers' reasoning*, California, Stanford University Press, 1964.

ca sino una teoría general del derecho que contiene ciertas consideraciones lógicas”⁽²⁰⁰⁾.

Como explica Pablo López Ruf, la resonancia de la visita de Kelsen y su polémica con Cossio perduró en las cátedras de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales durante las décadas de 1950 y 1960: “Los desarrollos de los profesores Cossio y Smith han demostrado de qué modo el pensamiento kelseniano ha influido en sus desarrollos y consecuentemente en la iusfilosofía que se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata”⁽²⁰¹⁾. En 1973, al fallecer Kelsen, el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, dirigido por Ernesto Eduardo Borga, dedicó unas páginas en su homenaje y rememoró aquella histórica visita:

“En la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, como así en el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, tuvo el pensamiento de Kelsen inicialmente una influencia signada por el apego ortodoxo a su pensamiento en particular a través de la *Teoría Pura del Derecho*, por obra del profesor Carlos Cossio, que sucesivamente reelabora su propio pensamiento, a través de obras que van marcando un distanciamiento cada vez más acentuado, hasta quebrarse decididamente en cuanto pretendió exhibir al pensamiento del jusfilósofo austríaco, como solo una lógica del Derecho, cosa que además negó Kelsen rotundamente con fundadas argumentaciones, que incluso expuso en conferencias pronunciadas en Buenos Aires y La Plata, en la visita que hizo al país en 1949”⁽²⁰²⁾.

En 1981, con ocasión del Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, que se realizaría el siguiente año precisamente en la ciudad de La Plata y al cabo del cual se fundaría la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, tal como lo testimonia el profesor López Ruf, secretario de aquel Congreso, se realizaron una serie de jornadas preparatorias. En una de ellas, Cossio pronunció una extensa conferencia de aproximadamente tres horas, titulada: “Cossio - Kelsen, punto final”⁽²⁰³⁾.

(200) KELSEN, H., “El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho” (trad. Inés W. de Ortiz y Jorge Bacqué; rev. Genaro Carrió), en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 78. Originalmente: KELSEN, H., “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, vol. 17, nro. 6, 1965, p. 1150.

(201) LÓPEZ RUF, P., “Proyección del pensamiento de Kelsen en la escuela jusfilosófica de La Plata”, *La Ley*, t. 1982-A, p. 792. En igual sentido, TINANT, E. L., “La egología: punto de partida de la escuela jusfilosófica de La Plata”, en *Doctor Carlos Cossio. Homenaje, Tucumán, UNT, 1989*, ps. 11-24.

(202) “Hans Kelsen: 11-X-1881 - 19-III-1973”, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología. Anuarios VI - XV, FCJyS UNLP, 1973, ps. 375 y 376.

(203) Disertación de Pablo López Ruf en: “Acto Homenaje a Carlos Cossio - Facultad de Derecho UBA” (26/10/2011), disponible en https://www.youtube.com/watch?v=yWg_SYtDr5o&t

Con motivo del cincuentenario de la visita de Kelsen, Emir Reitano, historiador e investigador de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de La Plata, evocaba en 1999 a modo de homenaje:

“El impulso que Carlos Cossio, con su teoría egológica del derecho, y la ampliación de la teoría kelseniana, o, como él decía, ‘repensar a Kelsen’ o también ‘hacer más Kelseniano a Kelsen’, hizo que en esos años se viviera un auge de los estudios de filosofía jurídica como nunca se habían conocido en nuestro país. Se planteaban problemas en las clases de la facultad, cuyas discusiones y fervor muchas veces se continuaban en los pasillos. Las teorías de Kelsen y Cossio hasta llegaron a ser mencionadas en las discusiones de la convención nacional constituyente de ese año. Kelsen fue invitado por la Universidad Nacional de La Plata, y el día 23 de agosto, en el salón de actos de la entonces Escuela de Bellas Artes, pronuncia una inolvidable conferencia sobre ‘La Teoría Pura del Derecho y el problema de la conducta’. Sirva este recuerdo como merecido homenaje a esos dos maestros que enaltecieron los estudios del Derecho con su saber, su conducta, y su vocación por la enseñanza”⁽²⁰⁴⁾.

El acontecimiento de la visita de Kelsen a La Plata ha permanecido indeleble en la memoria colectiva de la comunidad académica platense. De hecho, la primera noticia que yo mismo tuve sobre el debate entre Kelsen y Cossio de 1949, fue en mis primeros pasos como estudiante de abogacía en la Universidad Nacional de La Plata, a través de las memorables clases de “Introducción al Derecho” que dictaba la profesora María Teresa López, allá por 1998. En la medida en que nunca fue olvidado, tal vez ello explique por qué ha sido escasamente investigado.

XIII. KELSEN CONTINUÓ SU CONTRAPUNTO CON COSSIO EN SU PASO POR RÍO DE JANEIRO

Luego de su paso por la Argentina, Kelsen viajaría a Río de Janeiro para dictar cinco conferencias entre el 25 y el 31 de agosto. Reiteró, como se dijo, algunas de las conferencias de Buenos Aires. Para mayor detalle conviene consultar el excelente trabajo de los investigadores brasileiros Gustavo Silveira Siqueira, Pedro Mollica da Costa Ribeiro, Eini Rovena Dias, y Marina Rodrigues Souto Barra Ferreira⁽²⁰⁵⁾. En Río de Janeiro, Kelsen tampoco se privó de continuar sus contrapuntos con la teoría egológica. Así se lo hizo saber a Cossio el propio Kelsen, incluso aconsejando a su amigo hacer traducir sus principales obras al portugués:

(204) REITANO, E., “Kelsen y un derecho argentino”, *El Día*, 13/8/1999, disponible en <https://www.eldia.com/nota/1999-8-13-kelsen-y-un-derecho-argentino>

(205) SILVEIRA SIQUEIRA, G.; MOLLICA DA COSTA RIBEIRO, P., ROVENA DIAS, E., y RODRIGUES SOUTO BARRA FERREIRA, M., “A visita de Hans Kelsen ao Rio De Janeiro”, *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 4, nro. 7, 2017, ps. 158-188.

“En respuesta a su pregunta sobre mi experiencia en Río de Janeiro, deseo decirle que allí me recibieron con grandes honores. Di dos conferencias sobre problemas de la teoría pura del derecho, en las que con frecuencia me referí a la teoría egológica de Cossio, como la única y más representativa filosofía jurídica de América Latina. Mi impresión fue que esta teoría no es tan ampliamente conocida en Brasil como lo merece y que la razón podría ser una cierta envidia nacional. A pesar de que los brasileños leen muy fácilmente el español, le sugiero que traduzcan al portugués uno de sus trabajos principales, si es posible en Portugal, que sigue siendo la fuente principal de la cultura brasileña”⁽²⁰⁶⁾.

Evidentemente, Kelsen alude con la referencia a las “dos conferencias sobre problemas de la teoría pura del derecho, en las que con frecuencia me referí a la teoría egológica de Cossio”, a la que dictara en dos partes con el título “Naturaleza y objeto de la Ciencia del Derecho”, primero el 26 de agosto, en el auditorio del recién inaugurado Instituto Brasileiro de Estudos Legislativos e Direito Comparado, en la sede de “Diários Associados”; y luego el 29 de agosto en las nuevas instalaciones de la Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, que se corresponden por su contenido con las primeras dos dictadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. De las otras conferencias que dictó en Río de Janeiro, dos se refirieron a temas de derecho internacional y la restante, a su crítica a la doctrina del derecho natural⁽²⁰⁷⁾.

(206) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “In answer to your question concerning my experiences in Rio de Janeiro, I wish to tell you that I was received there with great honors. I gave two lectures problems of the pure theory of law, in which I frequently referred to Cossio’s egological theory, as the only and the most representative legal philosophy of Latin America. My impression was that this theory is not so widely known in Brazil as it deserves and that the reason might be a certain national jealousy. In spite of the fact that the Brazilians read very easily Spanish, I suggest to you to have one of your main works translated into Portuguese, published if possible in Portugal, which is still the chief source of Brazilian culture” (traducción propia). Para entonces, más allá del sabio consejo de Kelsen, ya se habían publicado en el Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa), la introducción de la teoría egológica del derecho, “Fenomenología da sentença” (nro. 2, 1947), y “Sobre as relações da Filosofia do Direito com a Ciência jurídica” (nro. 3, 1947); ambas traducciones de José Antonio Brandão. También “O problema da coordenação das normas jurídicas com especial referên-cia ao problema da causa no direito”, con traducción de Vera Jardim (nro. 12, 1949). Aquella introducción se había publicado también en inglés, traducida por Richard W. Tyler, “Phenomenology of the judgment. An Introduction to the Egological Theory of Law”, en el libro homenaje *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, ps. 85-129; y una segunda traducción al inglés, realizada esta vez por Gordon Ireland como “Phenemology of the decision”, integró el volumen *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1948, ps. 343-400. Aquel homenaje a Pound incluyó también un trabajo de Kelsen: “The metamorphoses of the idea of justice” (ps. 390-418), luego traducido por Roberto Ver-nengo e incluido en el volumen colectivo editado por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social: CAIRNS, HALL, COWAN, PEKELIS, FRANK, PATTERSON, KELSEN, CHROUST, *El actual pen-samiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, ps. 245-299.

(207) SILVEIRA SIQUEIRA, G., MOLLICA DA COSTA RIBEIRO, P., ROVENA DIAS, E., y RODRIGUES SOUTO BARRA FERREIRA, M., “A visita de Hans Kelsen ao Rio De Janeiro”, op. cit., p. 163.

Al arribar a Río de Janeiro, Kelsen brindó una breve entrevista al diario local *O Jornal* y allí reafirmó que hablaría no solo de su teoría pura, sino también de la “apasionante” teoría egológica de Cossio:

“Todavía en el aeropuerto, nuestro reportero mantuvo una larga entrevista con el ilustre profesor, quien inicialmente nos contó su gran satisfacción por estar en Río, la ciudad más bella del mundo.

“En cuanto al objeto de mi viaje —agregó— creo que ya es bien conocido. Vengo a realizar una serie de cuatro conferencias sobre derecho público y comparado.

“En primer lugar, hablaré sobre la ‘Naturaleza y objeto de la Ciencia del Derecho’, en dos conferencias, esto es, una conferencia en dos partes. La primera, mañana, en el Instituto Brasileiro de Estudios Legislativos y Derecho Comparado y la segunda, el próximo lunes, en la Facultad Nacional de Derecho.

“En la tercera conferencia, haré un estudio sobre el ‘Derecho Natural ante el Tribunal de la Ciencia’, en el auditorio del Ministerio de Educación, y, finalmente, en la cuarta y última abordaré la ‘Responsabilidad individual y colectiva del Estado en el Derecho Internacional’.

“En la segunda parte de la conferencia de mañana —adujo— trataré entre otras cosas, la ‘Teoría Egológica del Derecho’, apasionante asunto de autoría del profesor Carlos Cossio de la Universidad de Buenos Aires.

“En todas las conferencias, el profesor Hans Kelsen hará referencias a su teoría, esto es, a la teoría pura del derecho, cuya base filosófica busca separar por completo la Ciencia del Derecho de la Política, lo que significa, por lo tanto, evitar la influencia de la política sobre esa ciencia.

“Finalmente, el profesor vienés nos dijo:

”— Lo que necesito ahora es descansar un poco. Mañana tendré oportunidad de hablar extensamente sobre el tema que me trajo a Brasil” (“Separar a política do direito base de nova teoria filosófica”, *O Jornal*, 26/8/1949, p. 9)⁽²⁰⁸⁾.

(208) “Ainda no aeroporto, a nossa reportagem manteve demorada palestra com o ilustre professor, o qual nos disse inicialmente, de sua grande satisfação por estar no Rio, a mais bela cidade do mundo. Quanto ao objetivo de minha viagem —acrescentou— creio já ser bem conhecida. Venho realizar uma serie de quatro conferencias sobre direito publico e comparado. Em primeiro lugar, falarei, sobre a ‘Natureza e objeto da Ciência do Direito’, em duas conferencias, isto é, uma conferencia em duas partes. A primeira, amanhã, no Instituto Brasileiro de Estudos Legislativos e Direito Comparado e a segunda, na próxima segunda feira, na Faculdade Nacional de Direito. Na terceira conferencia, farei um estudo sobre o ‘Direito Natural perante o Tribunal de Ciências’, no auditório do Ministério da Educação, e, finalmente, na quarta e última, abordarei a ‘Responsabilidade Individual e Coletiva do Estado no Direito Internacional’. —Na segunda parte da conferencia de amanhã —aduziu— tratarei, entre outras coisas, da ‘Teoria Egológica do Direito’, apaixonante assunto de autoria do professor

En definitiva, si bien es cierto que Kelsen no vino a la Argentina y tampoco fue a Brasil, solamente a discutir con la teoría egológica, no menos cierto es que Kelsen se ocupó particularmente tanto en Buenos Aires, como en La Plata y Río de Janeiro, de dejar en claro su posición en la polémica: “Yo he ido a la Argentina aceptando una invitación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, no a mantener ‘diálogo’ alguno, sino a hablar de unos cuantos problemas seleccionados de la teoría pura del Derecho: es decir, a dar lecciones, no a seguir discusiones (...) Es natural que estuviera dispuesto a tomar posición respecto de la teoría egológica; y es también cierto que lo he hecho en mis lecciones” (209). En opinión de Perriau: “todas las referencias a la ‘egología’ hechas por él fueron muy precisas, y mostraron un conocimiento perfecto de la ortodoxia ‘egológica’ básica” (210).

Al respecto, Kelsen dirá a Kunz:

“En mis conferencias he puesto de relieve de un modo absolutamente inequívoco las diferencias básicas entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica. En consecuencia, de muchas discusiones con Cossio y sus más íntimos amigos, tengo la impresión de que la teoría egológica es esencialmente un ensayo de una interpretación fenomenológica del derecho. Pero se entremezclan también series de ideas existencialistas y aún sociológicas. Al mismo tiempo se hace el ensayo infructuoso e imposible de coordinar todo esto con los principios de una teoría normativa del derecho. Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas” (211).

Y a Cossio, personalmente dirá:

“Su productividad y energía intelectual son realmente admirables. Nunca en mi vida he encontrado un estudioso cuya mente estuviera tan concentrada en el objeto de su ciencia como la suya. Solo unas pocas personas entienden que tal concentración no es posible sin grandes sacrificios en el lado humano de la vida. Pero solo con tal concentración se puede lograr un gran trabajo” (212).

Carlos Cossio, da Universidade de Buenos Aires. Em todas as palestras, o professor Hans Kelsen fará referências à sua teoria, isto é, à ‘Teoria pura do Direito’, cuja base filosófica procura separar inteiramente a Ciência do Direito da Política, o que significa, por conseguinte, evitar a influência da política sobre essa Ciência. Finalizando, disse-nos o professor vienense: —O que preciso agora é descansar um pouco. Amanhã terei oportunidade de falar mais longamente sobre a matéria que me trouxe ao Brasil” (O Jornal, 26/8/1949, disponible en http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=110523_04&pagfis=50728; trad. propia).

(209) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica (...)”, op. cit., p. 4.

(210) PERRIAUX, J., “Balance científico de la visita de Kelsen”, La Ley, t. 55, 1949, p. 992.

(211) Carta de Kelsen a Kunz, op. cit., p. 226.

(212) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “Your productivity and intellectual energy are really admirable. I have never found in my life a scholar whose mind was so com-

Lamentablemente, hasta allí llegaron los buenos términos y las expresiones amistosas, e incluso elogiosas. Luego vendría el desencuentro, la polémica escrita y la definitiva ruptura académica y personal entre Hans Kelsen y Carlos Cossio.

XIV. DOS CURIOSIDADES: ¿CUÁNDO REGRESÓ KELSEN? Y ¿COBRÓ SUS HONORARIOS?

Si bien en su documentado estudio Siqueira, Ribeiro, Dias y Ferreira afirman que Kelsen partió hacia Berkeley el día 2 de septiembre, de la documentación que pude cotejar —lista de pasajeros arribados al puerto de New York, microfilmada por el Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de EE. UU.— se desprende que Kelsen emprendió su regreso recién el 7 de septiembre desde el puerto de Río de Janeiro y desembarcó en New York el 19 del mismo mes, en el buque “Uruguay”, que había partido de Buenos Aires, eso sí, el día 2 de septiembre de 1949. Todo indica que Kelsen no regresó a Buenos Aires para embarcar desde allí, sino en la escala que el buque hizo en Río de Janeiro, tras su paso por Montevideo (Uruguay) y Santos (Brasil) ⁽²¹³⁾. No he podido recabar información acerca de la actividad de Kelsen en la semana transcurrida desde su última conferencia en Río de Janeiro hasta el día de su partida. En principio, Kelsen pensaba regresar a EE. UU. en avión, pero debido a la experiencia sufrida en su vuelo de Buenos Aires a Río de Janeiro por las malas condiciones climáticas, decidió cambiar los pasajes aéreos por el barco, para lo cual recurrió a Hugo Caminos en su calidad de abogado de la empresa Moore McCormack.

En la misma carta antes citada, Kelsen le contó a Cossio acerca de estos percances y le agradeció por sus gestiones:

“Nuestro vuelo de Buenos Aires a Río no fue muy agradable porque el avión no pudo aterrizar en Río debido a una niebla muy mala. Nos obligaron a aterrizar en Santa Cruz y finalmente volamos, a pesar del clima, a Río, donde llegamos con un retraso de cinco horas. Se puede imaginar lo desagradable que fue la situación y entenderá, que bajo la impresión de ese vuelo cambiamos de opinión y decidimos tomar el barco. Pensé que solo sería necesario cambiar los boletos de avión por boletos de un barco de la Moore McCormack Line. Esta fue la razón por la que le escribí al Sr. Caminos, el abogado de la McCormack Line, pidiéndole que gestionara este intercam-

pletely concentrated on the object of his science as yours. Only few people understand that such a concentration is not possible without great sacrifices on the human side of life. But only by such such concentration great work can be accomplished” (traducción propia).

(213) Fuente: Family Search, asociación genealógica sin fines de lucro, disponible en <https://www.familysearch.org/ark:/61903/1:1:24RD-6B5>.

bio. Desafortunadamente el procedimiento fue mucho más complicado de lo que pensaba. Le agradezco por su intervención en este asunto” (214).

También en la crónica de su arribo a Río de Janeiro, *O Jornal* había dado cuenta de los motivos que demoraron su vuelo:

“Proveniente de Buenos Aires, llegó ayer a esta capital el profesor Hans Kelsen, una de las mayores autoridades mundiales de derecho público y derecho comparado, quien viene aquí a realizar una serie de conferencias, abordando en todas ellas la teoría que le valió el título de jefe de la llamada ‘escuela vienesa’. A pesar de que su llegada se retrasó casi cinco horas, como resultado del mal tiempo reinante, el profesor Hans Kelsen fue recibido en la Estación de Hidroaviones de Santos Dumont por las figuras más destacadas de nuestros medios jurídicos, profesores, magistrados y amigos” (“Separar a política do direito base de nova teoria filosófica”, *O Jornal*, 26/8/1949, p. 9) (215).

Como otro dato curioso debe mencionarse que, a su regreso a Berkeley, Kelsen preguntó a Cossio, como post data en la ya aludida carta de octubre de 1949, sobre la demora en el cobro de sus honorarios de las universidades argentinas:

“Lamento informarle que aún no he recibido los honorarios que la Facultad de Derecho, de acuerdo con la carta que me transmitieron el último día en Buenos Aires, ha ordenado que me pagara el Bank of America en San Francisco. El Banco no tiene información sobre este tema. Tampoco he recibido los honorarios por mi conferencia en la Universidad de La Plata. No sé cómo explicar este retraso en ambos casos” (216).

(214) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “Our flight from Buenos Aires to Rio was not very pleasant because the plane could not land in Rio on account of very bad fog. We were forced to land at Santa Cruz and flew finally, in spite of the weather, to Rio where we arrived with a delay of five hours. You can imagine how disagreeable the situation was and will understand that under the impression of that flight we changed our mind and decided to take the boat. I thought that it would be necessary only to exchange the air plane tickets for tickets on a boat of the Moore McCormack Line. This was the reason why I wrote to Mr. Caminos, the lawyer of the McCormack Line, asking him to manage this exchange. Unfortunately, the procedure was much more complicated than I thought. May I thank you for your intervention in this affair” (traducción propia).

(215) “Procedente de Buenos Aires, chegou ontem a esta capital o professor Hans Kelsen, uma das maiores autoridades mundiais do direito publico e do direito comparado, que aqui vem realizar uma serie de conferencias sobre a matéria de sua especialidade, abordando, em todas elas a teoria que lhe valeu o título de chefe da chamada ‘escola vienesa’. Apesar de ter sua chegada retardada de quase cinco horas, em consequência do mau tempo reinante, o professor Hans Kelsen foi recebido na Estação de Hidros Santos Dumont pelas mais destacadas figuras de nossos meios juridicos, professores, magistrados e amigos” (*O Jornal*, 26/8/1949, disponible en http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=110523_04&pagfis=50728. Traducción propia).

(216) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “I am sorry to inform you that I have not yet received the honorarium which the Law Faculty, according to the letter transmitted to me on the last day in Buenos Aires, has ordered the Bank of America in San Francisco to pay to me. The Bank has no information on this subject. Nor have I received the honorarium for my lecture at the University of La Plata. I do not know how to explain this delay in both cases” (traducción propia).

Respecto del pago de los honorarios de la Universidad de Buenos Aires, Sarlo menciona una cifra de cuatro mil dólares, aunque recurre a fuentes de tradición oral (Roberto Vernengo) que no he podido verificar por otros medios ⁽²¹⁷⁾. Se sabe, sin embargo, que por la conferencia de la Universidad Nacional de La Plata se pagó a Kelsen, mediante giro bancario en concepto de honorarios, el equivalente en dólares a mil pesos en moneda nacional argentina. Así se lo comunicó a Kelsen el secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas en nota fechada el 1/12/1949:

“Doctor HANS KELSEN

”2126 Los Angeles Avenue-Berkeley

”Tengo el agrado de dirigirme al señor profesor, por especial encargo del señor Decano, haciéndole saber que el Banco Central de la República Argentina ha comunicado a esta Facultad el haber girado la cantidad de un mil pesos moneda nacional (\$ 1.000.00 m/n), equivalentes en dólares. El importe citado corresponde a la conferencia por Ud. pronunciada en la Universidad Nacional de La Plata, por tal motivo me permito remitirle los recibos por triplicado, encareciéndole una vez firmados, su devolución a la mayor brevedad a los fines de su rendición. Hago propicia la oportunidad para saludar a Ud. con la mayor consideración” ⁽²¹⁸⁾.

XV. LA POLÉMICA COSSIO CONTRA KELSEN. CRONOLOGÍA DE PUBLICACIONES

Hacia fines de 1949, el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Derecho de Buenos Aires comenzó las gestiones para la publicación de las conferencias de Kelsen. El *Boletín Informativo* anunciaba: “[S]e han iniciado los trámites para la publicación en forma bilingüe, francés-castellano, de las cuatro conferencias pronunciadas bajo los auspicios de este Instituto [de Filosofía del Derecho y Sociología] y del de Derecho Político, Constitucional y de la Administración, por el doctor Hans Kelsen, efectuándose esta edición con un apéndice que contendrá comentarios y apreciaciones de los miembros de este Centro de Estudios” ⁽²¹⁹⁾. A su vez, en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, como ya se ha mencionado, se publicó a comienzos de 1950 la segunda de las conferencias que Kelsen dictó allí, la del 10 de agosto: “El derecho como objeto de la ciencia

(217) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 408.

(218) Nota firmada por Héctor Correbo (secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP) dirigida a Kelsen, fechada en La Plata el 1/12/1949. Agradezco especialmente a Miriam Gasner, investigadora de la Universidad de Viena, por facilitarme una copia de esa carta, citada por ella en su artículo: “Der Kreis um Hans Kelsen in Lateinamerika”, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, nro. 1, 2014, ps. 64-83.

(219) “Publicaciones”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 13-14-15, 1949, ps. 118 y 119.

del Derecho". A su vez, Kelsen publicaría en octubre de 1950, por la University of Chicago, un artículo titulado "Causality and Imputation" ⁽²²⁰⁾ que, tal como lo hará notar luego Cossio y puede cotejarse a simple comparación del texto, reproducía prácticamente de manera literal su conferencia del 5 de agosto ⁽²²¹⁾.

Precisamente hacia comienzos de 1950, de algún modo el proyecto editorial comenzó a adquirir la fisonomía que habría de generar la recordada reacción de Kelsen. También ello surge del *Boletín Informativo*: "Este Instituto [de Filosofía del Derecho y Sociología] realizó las gestiones necesarias para la publicación, en edición bilingüe francés-castellano, de las conferencias que el profesor Hans Kelsen pronunciara el año pasado en esta Facultad, y de las cuales diéramos amplia referencia en nuestro número anterior; acompañadas de un trabajo al respecto del doctor Carlos Cossio, titulado *Teoría egológica y teoría pura*" ⁽²²²⁾. Como se sabe, la edición bilingüe, por mucho que fuera anunciada, incluso por la misma editorial Kraft, no fue publicada. El trabajo de Cossio, además de ese título, llevó el subtítulo "Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina", y para entonces ya había sido publicado, pero en la *Revista Jurídica La Ley* el 25 de octubre de 1949 ⁽²²³⁾. Previamente, en el marco del Instituto de Derecho Comparado Latino y Americano de la Facultad de Derecho, Cossio había pronunciado una conferencia en dos jornadas (30 de septiembre y 4 de octubre de 1949), titulada "Balance provisional de la visita oficial de Kelsen" ⁽²²⁴⁾. El "balance" de Cossio sería publicado también en España (Madrid) ⁽²²⁵⁾ y México (México) ⁽²²⁶⁾; en Austria (Viena), con traducción al alemán por Otto Langfelder ⁽²²⁷⁾; y en Brasil (Río de Janeiro) con traducción al portugués de Paulo Dourado de Gusmão ⁽²²⁸⁾.

(220) KELSEN, H., "Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, vol. 61, nro. 1, oct. 1950, ps. 1-11.

(221) COSSIO, C., "La polémica anti-egológica (...)", op. cit., p. 745.

(222) "Otras actividades", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 16-21, 1950, p. 161.

(223) COSSIO, C., "Teoría egológica y teoría pura (...)", op. cit., ps. 835-861.

(224) "Plan de conferencias y cursillos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. *Boletín Informativo*, nros. 4-5-6, 1949, p. 92.

(225) COSSIO, C., "Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)", *Revista de Estudios Políticos*, nro. 48, nov.-dic., 1949, ps. 185-249.

(226) COSSIO, C., "Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. XII, nro. 45, 1950, ps. 121-174.

(227) COSSIO, C., "Egologische Theorie und Reine Rechtslehre. Eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. V, 1952, ps. 15-69.

(228) COSSIO, C., "Teoría egológica e teoria pura do direito", *Revista Forense*, vol. CXXIX, Año XLVII, nro. 563, ps. 1950, ps. 53-63. En una nota del traductor se aclara que esa edición constituye en varios puntos, una síntesis del pensamiento de Cossio y que el autor autorizó por carta su publicación.

Kelsen conoció el texto del “balance” con anterioridad a su publicación en Viena, consintió su publicación en la Revista que dirigía Verdross y se lo comunicó a Cossio:

“Ahora soy nuevamente uno de los Editores de la *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht*, que he fundado en 1913. En este cargo, he sido consultado sobre la publicación de su artículo sobre el balance de mis conferencias en Argentina. Lógicamente que di mi consentimiento y estoy esperando leerlo impreso, en la excelente traducción de Langfelder” (229).

Legaz y Lacambra, uno de los traductores de Kelsen en la polémica, dedicó la siguiente nota a la versión alemana del “balance” de Cossio:

“En este artículo expone Cossio la expectación causada en la Argentina por la visita de Kelsen, cuyas doctrinas, desde hace años, son no solo repetidas, sino repensadas en aquel país; señala las coincidencias entre los ególogos y Kelsen, la actitud de los ‘protagonistas’ de este acontecimiento científico que fueron las conferencias del viejo maestro, y termina con la presentación de las discrepancias entre la teoría pura del Derecho en Kelsen y la teoría egológica, tal como resulta del famoso diálogo taquigrafiado, contra el que tan enérgicamente ha reaccionado el antiguo jefe de la Escuela de Viena” (230).

A su vez, la versión mexicana del balance de Cossio había merecido el comentario del profesor salvadoreño, José Salvador Guandique, quien se desempeñaba por aquellos años en el Instituto Tecnológico de Monterrey:

“El diálogo Kelsen-Cossio, que adquiere resonancias socrático-platónicas, es aleccionador. En el problema de la libertad Kelsen se detiene donde se detuvo Kant. La conclusión es casi desoladora. Cossio, al final de su artículo, pregunta si la referida visita de Kelsen es un Epílogo o un Prólogo. Se decide por lo segundo. Sin resolver el dilema, diríamos que fue una trascendental experiencia. Al reconocer, por sobre las disparidades, el rango de Kelsen y de Cossio, terminamos estas acotaciones. Nos alentó lo dicho por el segundo: ‘Bienvenida la crítica que, por cierto, es requerida por la ciencia’ (...) Por nuestra parte creemos que ningún jurista es infalible” (231).

(229) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 10/3/1950: “I am now again one of the Editors of the *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht*, which I have founded in 1913. In this capacity I have been consulted about the publication of your article concerning the balance of my lectures in Argentina. It stands to reason that I gave my consent and I am looking forward to reading it printed, in the excellent translation by Langfelder” (trad. propia). Parcialmente transcripta en COS-SIO, C., “La polémica anti-egológica (...)”, op. cit., p. 760.

(230) LEGAZ y LACAMBRA, L., reseña “*Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, tomo V, cuadernos 1-2, 1952”, *Revista de Estudios Políticos*, nro. 72, Madrid, 1953, ps. 166 y 167.

(231) GUANDIQUE, J. S., “Algo sobre la teoría pura y la teoría egológica. Kelsen y Cossio”, en *Proyecciones*, San Salvador, Ministerio de Cultura. Departamento Editorial, 1957, ps. 210 y 211. Publicado originalmente en *JUS. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, julio-septiembre 1951.

Como también es sabido, el “balance” mereció la respuesta de Kelsen: “Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio (...)”. Se publicó primero en Austria (Viena) ⁽²³²⁾; luego en México (México), con traducción de Eduardo García Máynez ⁽²³³⁾, por expreso pedido de Kelsen; en la Argentina (Buenos Aires) se reprodujo la traducción de García Máynez el 10 de noviembre de 1953 ⁽²³⁴⁾; también en España (Madrid), con traducción de Luis Legaz y Lacambra ⁽²³⁵⁾, que luego en Colombia reprodujera la Universidad de Antioquía (Medellín) ⁽²³⁶⁾; y en Italia (Milán), con traducción de Crisanto Mandrioli, en la revista de la Università Cattolica del Sacro Cuore ⁽²³⁷⁾.

Sobre la respuesta de Kelsen a Cossio, dirá años más tarde Kunz:

“Cuando Kelsen llegó a Buenos Aires en 194[9], por invitación de Cossio, este a su manera polémica, que es para él un principio, y en su lenguaje arrogante y dominante, expuso ante Kelsen el dilema de admitir la superioridad de la egología o bien refutarla, ‘aniquilándola’. Kelsen eligió la segunda alternativa y mostró en un artículo con su habitual maestría en la polémica escrita, su ironía mortal y el poder penetrante del análisis lógico, lo insostenible de las dos tesis principales de Cossio, en las que se basa principalmente su afirmación de originalidad. Sin estas dos tesis, la teoría egológica del derecho sería, como él mismo afirma, no más que un refrito de la teoría pura del derecho. Estas dos tesis son, por supuesto, la tesis de que la teoría de Kelsen no sería ciencia del derecho, sino simplemente lógica jurídica, y que el derecho es conducta. Kelsen muestra la insostenibilidad absoluta de esta última tesis. Mostró que Cossio confunde el hecho de que el derecho regula la conducta humana con el objeto de la ciencia del derecho, es decir, las normas jurídicas mediante las cuales el derecho regula la conducta humana” ⁽²³⁸⁾.

Por último, Cossio publicó su réplica a Kelsen: “La polémica anti-egológica. Respuesta al profesor Hans Kelsen”, primero en la Argentina (Buenos

(232) KELSEN, H., “Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre. Eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien”, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. V, 1953, ps. 449-482.

(233) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: ‘Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, nro. 10, abr.-jun., 1953, ps. 169-205.

(234) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: ‘Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, *La Ley*, t. 72, oct.-dic., 1953, ps. 749-764.

(235) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica (...)”, op. cit., ps. 3-39.

(236) *ibíd.*, ps. 511-546.

(237) KELSEN, H., “Teoría Pura del Diritto e Teoria Egologica”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, vol. 1954, fasc. 3, ps. 301-332.

(238) KUNZ, J., “An Introduction to Latin-American Philosophy of Law”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 15, nro. 2, 1964, ps. 277 y 278 (traducción propia).

Aires) el 7 de octubre de 1954 ⁽²³⁹⁾; luego en Italia (Milán), con traducción de Luigi Bagolini y Virgilio Giorgianni ⁽²⁴⁰⁾; y también en Austria (Viena), con traducción nuevamente de Otto Langfelder ⁽²⁴¹⁾. La réplica de Cossio publicada en Viena se inicia con una nota al pie del editor, en la que se lee: “En respuesta a nuestra solicitud, el profesor Kelsen nos informa que no desea responder al artículo anterior, ya que, con su artículo publicado en esta revista, considera a la discusión con el profesor Cossio definitivamente terminada” ⁽²⁴²⁾.

Como se advierte de la cronología, el balance de Cossio se publicó por vez primera a fines de octubre de 1949. Apenas diez días antes, Kelsen había remitido vía postal desde Berkeley las versiones definitivas de sus conferencias. Así se lo informaba Kelsen a Cossio en aquella extensa carta de octubre:

“Inmediatamente después de mi regreso a Berkeley, tuve la intención de escribirte para agradecerte nuevamente por los muchos testimonios de amistad que me has mostrado durante mi inolvidable estadía en Buenos Aires. Desafortunadamente, había tanto trabajo esperando que no pude encontrar el tiempo libre para llevar a cabo mi intención. Entonces llegó tu amable carta del 17 de septiembre, justo en el momento en que estaba preparando el texto definitivo de las cuatro conferencias que tuve el placer y el honor de dar en la Facultad de Derecho. De acuerdo con tu sugerencia, estoy enviando el manuscrito al Decano de la Facultad de Derecho bajo cubierta separada. Dado que solo tengo una copia en carbónico del manuscrito original, que quiero conservar para mí, no puedo enviarte una segunda copia, lo lamento mucho. En portada separada también recibirás mi foto. Por favor, acéptalo como una expresión de mi amistad por ti” ⁽²⁴³⁾.

(239) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (...)”, op. cit., ps. 740-760.

(240) COSSIO, C., “La polemica anti-egologica (Risposta al prof. H. Kelsen)”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, vol. 1956, fasc. 3, ps. 301-332.

(241) COSSIO, C., “Die anti-egologische Polemik (Erwiderung an Professor Kelsen)”, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. VIII, 1957, ps. 189-231.

(242) *ibíd.*, p. 189: “Professor Kelsen teilt uns auf unsere Anfrage mit, daß er auf obigen Artikel nicht zu antworten wünscht, da er mit seinem in dieser Zeitschrift erschienenen Artikel die Diskussion mit Professor Cossio als endgültig abgeschlossen betrachtet” (traducción de Carlos Pettoruti, corresponsal argentino del Instituto Hans Kelsen, a quien agradezco muy especialmente).

(243) Carta de Kelsen a Cossio, fechada en Berkeley el 13/10/1949: “Immediately after my return to Berkeley I intended to write to you in order to thank you again for the many tokens of friendship you have shown to me during my unforgettable sojourn in Buenos Aires. Unfortunately, there was so much work waiting that I could not find the leisure to carry out my intention. Then your kind letter of September 17th arrived, just at the moment when I was preparing the definitive text of the four lectures I had the pleasure and honour to give at the Law Faculty. In accordance with your suggestion, I am sending under separate cover the manuscript to the Dean of the Law School. Since I have only one carbon copy of the original manuscript, which I want to retain for myself, I cannot send you a second copy, to my great regret. Under separate cover you will also receive my photo. Please accept it as an expression of my friendship for you” (traducción propia).

Más allá de la polémica que suscitó la edición del libro “Kelsen-Cossio”, aparecida sin la versión en francés de las cuatro conferencias y con el balance de Cossio, lo cierto es que hacia 1950 y tal como se desprende de la cronología de publicaciones, ya se encontraba a disposición del público interesado, aunque de manera dispersa, gran parte de lo que sería el contenido del libro, salvo la tercera y la cuarta conferencia de Kelsen.

XVI. “KELSEN-COSSIO”: EL LIBRO DESAUTORIZADO. ALGUNAS RESEÑAS

El mentado libro *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*, fue publicado por la Editorial Guillermo Kraft en marzo de 1952. Incluyó la presentación del decano Carlos María Lascano, las cuatro conferencias de Kelsen dictadas en el aula magna de la Facultad de Derecho y, como había sido anticipado en el *Boletín Informativo*, el balance de Cossio, precedido de esta advertencia: “El presente texto corresponde a la publicación mexicana, que es la más completa, idéntica a la publicación vienesa de la *Österr. Zeitschrift für Öffentliches Recht*”⁽²⁴⁴⁾. Cossio explica que, si bien el balance fue escrito y publicado antes de recibir el texto definitivo de las conferencias de Kelsen, no se veía en la necesidad de modificarlo en lo sustancial, pero añadiría algunas notas a pie de página (indicadas con letras) donde fuere necesario alguna aclaración.

El libro contiene una advertencia del editor que vale la pena transcribir:

“El presente volumen contiene el texto completo y definitivo de las conferencias pronunciadas por Hans Kelsen, durante el año 1949, en el parinifo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, tal como el Maestro las remitió desde Berkeley (California) en diciembre de ese mismo año, con todas las adiciones que juzgó necesario hacer a su primitiva exposición oral. La Editorial Guillermo Kraft Ltda. se complace en publicarlas bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, dueña de los preciosos originales, dada la resonancia universal que aquel ciclo de conferencias alcanzó en su momento y segura de que pone así, ahora, al alcance de los estudiosos, una pieza indispensable para la inteligencia de la doctrina jurídica que más ha llamado la atención en el curso del presente siglo. Integran también el volumen las respuestas que el profesor Carlos Cossio dio al maestro Kelsen en los interesantes diálogos motivados por las referencias del maestro a la Teoría ecológica del Derecho, de los que se hicieron eco las más calificadas revistas universitarias de Europa y América y cuyo recuerdo indeleble perdura en nuestros medios estudiosos como un fermento que honra a la tradición jurídica argentina. Preceden al volumen las breves

(244) KELSEN-COSSIO, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría pura y teoría ecológica*, Buenos Aires, Kraft, 1952, p. 81.

y cálidas palabras de presentación con que el señor Decano de la Facultad de Derecho, doctor Carlos María Lascano, puso a Kelsen en posesión de la tribuna universitaria al iniciarse el curso. De acuerdo con el convenio celebrado con la Facultad, la Editorial Guillermo Kraft Ltda. publica este libro en edición castellana y en edición francesa, para facilitar su conocimiento en el extranjero y haciendo honor a la importancia intrínseca que tiene” (245).

Como señala Sarlo, los resultados del encuentro de Buenos Aires entre Kelsen y Cossio, entre teoría pura y teoría egológica, fueron evaluados de distintas maneras; en su momento, los partidarios de una y otra corriente salieron convencidos de haber salido triunfantes (246). Varios de los más destacados juristas iberoamericanos publicaron reseñas del libro. Una somera revista de sus comentarios permite no solo tomar dimensión de la repercusión del libro, sino también apreciar los “balances propios” del debate elaborados por notables especialistas.

Miguel Reale reseñó el libro en la *Revista Brasileira de Filosofia* (São Paulo):

“Se advierte en las páginas de este libro que la presencia de Kelsen no tuvo el poder de poner fin a las dudas y contrastes, incluso porque, al parecer, las expectativas de los diversos círculos jurídicos argentinos eran diversas y discrepantes, en torno al encuentro del maestro vienés con los juristas señalados como ‘seguidores’ rebeldes o heterodoxos (...). En realidad, no había necesidad de la visita de Kelsen para saber que entre su pensamiento y el de Cossio había una diferencia radical” (247).

Coincidió con Reale, el profesor portugués Luis Cabral de Moncada, quien razonaba en las páginas del *Boletín da Faculdade de Direito* (Coímbra):

“[E]gológicos y kelseneanos hablan, por así decir, idiomas diferentes, evidentemente más distintos entre sí que el español y el alemán o el francés. Kelsen es un neokantiano descendiente de Marburgo, para quien, como jurista-filósofo, los problemas ontológicos del derecho, en el sentido en que los entiende Cossio —existencialista, fenomenólogo y también filósofo de la cultura— no tienen sentido (...) Kelsen no sabe lo que es ‘existencia’ ni ‘libertad’; la primera, aplicada al derecho, es simple metáfora; la segunda solo consiste en ser el hombre el punto final de una imputación normativa. Cossio, como existencialista y heideggeriano, hace de la libertad la esencia del ser humano, y hace del derecho una conducta de seres libres en su interferencia intersubjetiva. Por eso decimos que jamás se podrá hablar, rigu-

(245) *ibíd.*, ps. 7-8.

(246) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, *op. cit.*, p. 420.

(247) REALE, M., reseña “Kelsen-Cossio — Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho”, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. II, fasc. 3, 1952, p. 610 (traducción propia).

rosamente, de una ‘superación’ de la teoría pura por la teoría egológica. Se trata de mundos de pensamiento totalmente distintos y opuestos, no obstante que ambas doctrinas se cruzan en el capítulo de la lógica jurídica. Se podrá hablar de sustitución de una por la otra, para quien fuera egológico; no de superación, dado que nada orgánica, o dialécticamente, las liga entre sí. Están más en una relación de tesis y antítesis que de una relación complementaria de elementos que arribaren a una síntesis (...). La entrevista de Buenos Aires fue, según creemos, solo una tentativa cortés y diplomática de mutuo entendimiento entre puntos de vista inconciliables e intereses científicos que, como en las grandes conferencias políticas de nuestro tiempo, poco o nada hacen avanzar la causa de la paz. Como en estas, una vez más, las magras conclusiones positivas a las que se llegó quedaron lejos de corresponderse con el eufórico optimismo con el que se iniciaron las negociaciones” (248).

Como Cabral de Moncada, Werner Goldschmidt también recurrió a una analogía para graficar el debate, asumiendo él la posición de juez en una controversia judicial en la que Cossio actuaría como parte actora y Kelsen como demandado. En la *Revista Jurídica La Ley* (Buenos Aires), decía:

“La petulancia de irrogarse funciones judiciales se halla, sin embargo, atenuada por el hecho de que todo enjuiciamiento científico, cual otro juicio sumario, no termina sino con una sentencia carente del efecto de cosa juzgada material, quedando ella sometida, por consiguiente, a infinitas rectificaciones (...). Como en todo proceso, también en este ha habido entre las partes hechos admitidos, hechos discutidos y problemas aplazados” (249).

Luego de analizar minuciosamente tanto los temas admitidos como los discutidos, Goldschmidt arribaba a las siguientes conclusiones:

“Tres preguntas hemos de contestar en estas conclusiones. La primera desea saber, si Cossio tiene la razón con respecto a Kelsen. La segunda —ya dijimos que en este pleito no rige el brocardo: ‘ne eat iudex ultra petita partium’— quiere indagar, si Cossio acierta con respecto a las demás corrientes iusfilosóficas. La tercera, por último, anhela averiguar, si Cossio posee la verdad en sentido absoluto. 1) De lo que antecede es evidente que, según nuestro parecer, Cossio está en lo cierto con respecto a Kelsen en todos los

(248) CABRAL de MONCADA, L., reseña: “Kelsen-Cossio, Problemas escogidos de la Teoría pura del Derecho (Teoría egológica y Teoría pura). Editorial Guillermo Kraft limitada, 1952. 161 páginas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXVIII, 1953, ps. 343 y 344 (traducción propia). Reproducido en CABRAL de MONCADA, L., *Estudios Filosóficos e Históricos. Artigos, Discursos, Conferências e Resenções Críticas*, vol. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1959, ps. 401-408.

(249) GOLDSCHMIDT, W., reseña: “Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, teoría egológica y teoría pura, por Kelsen-Cossio. Versión castellana de Carlos Cossio. (Ed. Editorial Kraft). Buenos Aires, 1952”, *La Ley*, t. 67, 1952, ps. 915 y 916. Este trabajo sería reproducido por el autor bajo el título “Cossio contra Kelsen”, en las compilaciones *Conducta y Norma*, Buenos Aires, Abeledo, 1952, ps. 19-53, y en *Justicia y Verdad*, Buenos Aires, FEDYE, 1979, ps. 406-436.

puntos controvertidos. El axioma 'lo que no está prohibido, está permitido', no posee solo una función lógica, sino que reviste importancia ontológica. Intuimos el Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva. La 'teoría pura del derecho' es exclusivamente lógica jurídica. No es cierto que la ley contenga solo prescripciones; la ley comprende también juicios imputativos. No es posible concebir el Derecho como una yuxtaposición de entes ideales (normas) y entes reales (conductas de creación y aplicación de normas). 2) La 'Escuela Ecológica' es en la actualidad el cuerpo de doctrinas iusfilosóficas más importante en el sentido de que ninguna otra corriente comprende con tanta amplitud y tanta profundidad los problemas iusfilosóficos y las enseñanzas jurídicas y filosóficas. 3) Ahora bien, nuestro espíritu, en su condición 'carnal', apetece la verdad, pero aun en el caso más afortunado solo avanza en el camino hacia la verdad. Por esta razón no debemos considerar ninguna tesis, adoptando la profunda distinción de Gabriel Marcel, como parte de nuestro patrimonio ('avoir') sino como integrando nuestro ser ('être'), sometida ella continuamente a nuevos exámenes y sucesivas precisiones. El pensador, dice Marcel, a diferencia del doctrinario, está perpetuamente en guardia contra esta enajenación, esta petrificación posible de su pensamiento: permanece en un estado perpetuo de creación y todo su pensamiento está en todo momento puesto a prueba. En toda Escuela —y también en la Escuela Ecológica— se toman fácilmente las doctrinas básicas como puertos de arribo; y se invierte la energía o en sacar conclusiones o en combatir a opiniones equivocadas. Pero, aunque todo ello es muy importante, también lo es continuar la tarea de afirmar las mismas doctrinas básicas. Nuestra modesta reseña, concebida en la 'sombra de los titanes', quisiera iniciar, en el seno de la 'Escuela Ecológica', esta 'crisis de fundamentos' que nos parece garantía de su continuada fertilidad y pujante expansión. La 'Escuela Ecológica' está merecidamente a la cabeza del movimiento iusfilosófico del mundo. Para permanecer en su puesto, no ha de olvidar que también 'the price of truth is eternal selfvigilance'" (250).

Legaz y Lacambra, desde la *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), extraía la conclusión siguiente:

"[E]n el diálogo Cossio-Kelsen estimo que el vencedor es Cossio. Su fundamento filosófico está más a la altura del tiempo que el del antiguo jefe de la Escuela de Viena y el rigor lógico con que extrae consecuencias de las premisas kelsenianas es impecable. Por mi parte no es este el lugar de insistir en lo que considero aceptable y en lo que difiero de la concepción ecológica del Derecho. Pero considero útil ver en este diálogo una confirmación de lo que dije hace algunos años sobre el valor de la teoría pura del Derecho: que

(250) *ibíd.*, p. 928. Estas palabras de Goldschmidt podrían leerse hoy como un punto bisagra en su distanciamiento de la egología hacia el desarrollo de tu conocida teoría tridimensional del mundo jurídico.

la filosofía del Derecho tendrá que ser, durante mucho tiempo, una conversación con Kelsen. Y no hay duda que la egología constituye una de las más interesantes manifestaciones de la filosofía contemporánea del Derecho, al menos en su dimensión de teoría de la ciencia jurídica”⁽²⁵¹⁾.

En la misma línea se expresaba Rodríguez García, desde la *Revista de la Facultad de Derecho* de México:

“La lectura de este libro deja la impresión de que, hoy en día, la Teoría Ecológica constituye la más seria y científica revisión de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, de la que la primera ha aceptado todo lo que es descubrimiento, y rechazado sólida y enfáticamente lo que de construccionismo ha encontrado en ella. Es más, creo que lleva una ventaja la Egología, aparte de su más completa problemática. Científicamente, tienen los ególogos muy bien puestos los pies sobre la tierra, pues mientras la teoría pura parte de una definición racional de su objeto: la norma, la Teoría Ecológica arranca de la aprehensión intuitiva de una realidad cultural: la conducta humana, como dato objetivo de su ciencia”⁽²⁵²⁾.

En 1954, el catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona Enrique Luño Peña pronunció una conferencia en el Instituto Filosófico de Balmesiana, en la que se ocupó de la polémica. El balance de Luño Peña se destaca, a diferencia de los anteriores, por su perspectiva iusnaturalista:

“La polémica iniciada en la Universidad de Buenos Aires con motivo de las conferencias pronunciadas por Kelsen y de las discusiones sostenidas durante el cursillo celebrado del 2 al 25 de agosto de 1949, en las que fueron principales protagonistas Kelsen y Cossio, se ha convertido en motivo de abierta discusión, de oposición y hasta de discordia al publicarse, sin permiso de Kelsen, el libro: ‘Kelsen-Cossio, Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho...’ (...). Las consecuencias de esta polémica han sido favorables a la Filosofía del Derecho cuyos principios fundamentales se vigorizan, mientras quedan a la libre discusión de los hombres aquellos otros elementos deformes y variables que sometidos al alambique de la contingencia humana, van incorporándose al acerbo [sic] común del saber como conquista del pensamiento. La discusión, rayana en fuerte polémica doctrinal y en franca discordia personal, nos evoca la concepción clásica del Derecho como norma (objetivo) y como facultad (subjetivo); nos recuerda la definición de Giner de los Ríos cuando decía que el Derecho es facultad de relación que se refiere a la conducta humana, en cuanto es libre y buena

(251) LEGAZ y LACAMBRA, L., reseña “Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría pura del Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLIV, 1952, p. 172.

(252) RODRÍGUEZ GARCÍA, E., reseña: “Kelsen-Cossio: Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1952”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, nro. 9, 1953, p. 219.

para el cumplimiento de los fines de la vida. Orden de la conducta buena y libre (...) sistema de actos y prestaciones (...) organismo de las condiciones que, dependiendo de la libertad de cada ser racional, son necesarias para el fin esencial de la vida” (253).

También resulta interesante el juicio de Barna Horvath:

“Cossio era libre de ‘ir más allá de Kelsen sin abandonarlo’ y uno de los sentidos de este eslogan era someterse al racionalismo y al empirismo, para verificar mediante la teoría pura del derecho todo lo que la teoría egológica tenía que decir más allá de Kelsen. El maestro también va demasiado lejos a veces al criticar a un admirador principal, por ejemplo, cuando llama a algunas de sus formulaciones ‘acumulación de palabras sin sentido’, ‘lo más absurdo’ o ‘tautología ociosa’.

”Parece olvidar que algunas formulaciones de la teoría pura del derecho han sido etiquetadas con epítetos similares y que, incluso hoy, su lenguaje técnico es solo un poco menos esotérico que el de la Teoría Ecológica” (254).

En su biografía de Kelsen, Métall hace una referencia, por demás conocida, sobre la interdicción a la circulación del polémico libro:

“Después de los cursos dictados en Buenos Aires, en 1949, el profesor Carlos Cossio había considerado correcto publicar en un solo volumen y bajo el título Kelsen-Cossio, no solo las conferencias de Kelsen, sino también sus opiniones, dedicadas a la por él llamada ‘Teoría egológica’ e incluso, conversaciones privadas con Kelsen, todo ello sin su autorización. Kelsen hubo de tomar medidas enérgicas ante el editor para que se retirara la edición no autorizada por él, viéndose además envuelto por Cossio en una polémica que duró hasta 1953” (255).

Sobre este asunto conviene leer a Kelsen en primera persona:

“Yo había autorizado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a publicar estas lecciones juntamente con una traducción española. Por razones que ignoro, esta publicación no ha visto la luz (...) En lugar de esto, en la Editorial G. Kraft de Buenos Aires ha aparecido, sin mi autorización, y con mi nombre unido al del profesor Cossio, un libro que contiene el texto español del artículo del profesor Cossio publicado en la *Revista Austríaca de Derecho Público* juntamente con la traducción española realizada por el propio Cossio de mis lecciones de Buenos Aires, pero sin el original francés. Es cierto que el editor de la *Revista Austríaca de Derecho Público*, el

(253) LUÑO PEÑA, E., “Teoría pura y teoría egológica del Derecho (La polémica Kelsen-Cossio)”, *Espíritu*, nro. 13, 1955, ps. 7 y 10.

(254) HORVATH, B., “Between legal realism and idealism”, *Northwestern University Law Review*, vol. 48, nro. 6, 1953-1954, p. 713 (traducción propia).

(255) MÉTALL, R., Hans Kelsen. Vida (...), op. cit., p. 94.

señor profesor Alfred Verdross, me preguntó si tenía algo que objetar contra la publicación del artículo de Cossio. Como yo sabía que el artículo iba contra mí y ha sido siempre uno de mis principios no hacer nunca absolutamente nada contra la publicación de cualquier escrito dirigido contra mi doctrina, y aun muchas veces he publicado yo mismo tales escritos en mi condición de editor, contesté en seguida, y sin leer el manuscrito, que no tenía objeción alguna que hacer. Así se lo comuniqué el profesor Cossio en una carta de la que se deducía claramente que, al escribirla, yo no había leído el manuscrito; pues le advertía expresamente que yo quería leer el artículo ‘impreso’ (‘printed’), cosa para la que no tendría motivo de insistir, si yo ya hubiese leído el artículo. El señor profesor Cossio pudo interpretar a su gusto esta comunicación mía, pero lo único que no pudo inferir de ella es que yo autorizase a nadie a que mi nombre se uniese con el suyo para publicar este artículo dirigido contra mí juntamente con una traducción española de mis lecciones —y estas, contra lo acordado con la Facultad, sin el original francés—. Por eso he pedido a la Editorial Guillermo Kraft de Buenos Aires que retire de la circulación el libro publicado en la misma con el título ‘*Kelsen-Cossio, Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*’”⁽²⁵⁶⁾.

Así lo explicaba el propio Kelsen a Caminos, quien oficiaría en este asunto —junto a Jaime Perriau— como gestor oficial y oficioso:

“Muchas gracias por su amable carta del 25 de octubre y la copia del sorprendente libro ‘Kelsen-Cossio, etc.’ Adjunto le envío las copias carbónicas de dos cartas que he enviado a la *Revista ‘La Ley’* y a la editorial Kraft. Por favor, tenga a bien transmitir estas copias al Sr. Perriau cuya dirección no conozco. Dígale también, por favor, que lo autorizo a hacer uso de mi declaración de que el libro Kelsen-Cossio ha sido publicado sin mi autorización, y del otro contenido de las dos cartas. Me pregunto si *La Ley* lo publicará.

“En un futuro cercano, eso espero, publicaré un análisis crítico de la teoría Ecológica, pero agradecería mucho que, mientras tanto, el Sr. Perriau hiciera algo para defender la teoría pura del derecho contra las malas interpretaciones del Sr. Cossio”⁽²⁵⁷⁾.

(256) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría ecológica (...)”, op. cit., ps. 4 y 5.

(257) Carta de Kelsen a Caminos, fechada en Ginebra el 3/12/1952: “Many thanks for your kind letter of October 25th and the copy of the astonishing book ‘Kelsen-Cossio, etc.’ Enclosed I am sending you the carbon copies of two letters which I have sent to the Journal ‘La Ley’ and to the publisher Kraft. Please be good enough to transmit these copies to Mr. Perriau whose address I do not know. Please tell him also that I authorize him to make use of my declaration that the book Kelsen-Cossio has been published without my authorization, and of the other content of the two letters. I wonder whether *La Ley* will publish it. In the near future, I hope, I will publish a critical analysis of the Egological theory, but I would appreciate it very much if in the meantime Mr. Perriau would do something to defend the pure theory of law against the misinterpretations by Mr. Cossio” (traducción propia). Agradezco especialmente al colega e investigador de la Universidad de Buenos Aires, Leopoldo Godio, discípulo dilecto, amigo y legatario de Hugo Caminos, por haberme facilitado, generosamente,

Kelsen se dirigió a la Editorial Kraft, en términos de los cuales no surge la supuesta amenaza de acciones judiciales que varios autores reiteran sin soporte documental alguno:

“Muy señores míos:

”Acabo de recibir una copia del libro *‘Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho’*, publicado por ustedes.

”Deseo informarles a ese respecto que yo no he autorizado a nadie para publicar un libro bajo mi nombre junto al nombre del profesor Carlos Cossio; que los diálogos sostenidos por mí, por el profesor Cossio y por el Señor Vilanova tal como aparecen en ese libro no han tenido nunca lugar y que yo no he autorizado su publicación; que solamente autoricé a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para editar en francés junto con una traducción al español las conferencias que dicté en aquella Facultad en el año 1949 y que esta edición todavía no se ha realizado.

”En consecuencia, pido a ustedes quieran retirar el libro de circulación.

”Saludo a Uds. muy atentamente” ⁽²⁵⁸⁾.

Si bien Cossio y Rodríguez García aludieron a la pronta aparición de una versión del libro en francés ⁽²⁵⁹⁾, lo cual tampoco coincidiría con el acuerdo de Kelsen al respecto, lo cierto es que, tal como se sabe, ello nunca se cumplió. El propio Kelsen al tomar conocimiento, por intermedio de Caminos, de que la Editorial Kraft había iniciado gestiones a tales efectos con la Editorial Dalloz de París, se dirigió a ellos como lo había hecho con Kraft y La Ley, advirtiéndoles que no autorizaba tampoco esa publicación. Así le decía Kelsen a Caminos:

“Le agradezco especialmente la valiosa información sobre las negociaciones de G. Kraft con la editorial Dalloz en París. Inmediatamente le escribí una carta a Dalloz informándole que no había autorizado la publicación del libro Kelsen-Cossio y que yo no autorizo una edición francesa de ese libro” ⁽²⁶⁰⁾.

copias de estos esclarecedores documentos, como así también la transcripción completa hecha por Caminos de la carta de Kelsen a Cossio del 10/3/1950, ya citada.

(258) Carta de Kelsen a Editorial Guillermo Kraft Ltda., fechada en Ginebra el 30/11/1952 (escrita en español). Con la misma fecha, Kelsen remitió a la revista *La Ley* otra carta en similares términos y también en español, a raíz de la reseña del libro efectuada por Werner Goldschmidt, solicitando que la carta fuera publicada en *La Ley*. Agradezco nuevamente a Leopoldo Godio por la copia de esta carta.

(259) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (...)”, op. cit., p. 760; RODRÍGUEZ GARCÍA, F., reseña: “Kelsen-Cossio: Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1952”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, nro. 9, 1953, p. 215.

(260) Carta de Kelsen a Caminos, fechada en Ginebra el 10/1/1953: “I thank you especially for the very valuable information concerning negotiations of G. Kraft with the publishing house Dalloz in

Julio Chiappini, profesor de la Universidad Nacional de Rosario, menciona incluso la existencia de una segunda edición apócrifa del libro “Kelsen-Cossio”, aunque ello escapa a nuestra información:

“Cuando Kelsen supo del libro interdió su difusión bajo pena de un pleito. La obra pasó entonces a la clandestinidad y hasta varió de editorial como por arte de birlibirloque: se le adosó un papel que paladinamente elucidaba Ediciones Librería del Jurista. Cossio mismo, y sin demasiada gazonería, me obsequió en 1971 un ejemplar de esta *rara avis* del *Index iusfilosófico*”⁽²⁶¹⁾.

El profesor de la Universidad de Alicante Jesús Vega hace un paralelo de esta situación que debió afrontar Kelsen con la acusación de plagio que Sander le dirigiera en 1921, quienes años más tarde —no obstante— se reconciliarían, homologándolos como “episodios clave de su vida que muestran cómo Kelsen pasó por encima de graves desaires y errores de personas próximas a él que sufrió hondamente en carne propia”⁽²⁶²⁾. Cossio había expresado, en su réplica: “Por mi parte, también lo he pagado con verdadero dolor. Lamento profundamente que al profesor Kelsen le haya ocasionado tan tremendo disgusto ver aparecer en un libro, su nombre al lado del mío”⁽²⁶³⁾.

XVII. EL SALDO DE LA POLÉMICA: ALGUNAS PALABRAS FINALES

Cossio ha señalado alguna vez en otro contexto: “La polémica es un accidente histórico; lo que interesa es ver qué queda para el acervo humano de la obra constructiva de unos y otros (...)”⁽²⁶⁴⁾. Siguiendo esa línea, me parece que conviene prestar atención al consejo epistemológico de Pettoruti: “si la teoría pura del derecho es analizada en todos sus aspectos, entonces, más allá del debate entre Kelsen y Cossio, que en algunos momentos fue duro y que motivó un distanciamiento personal entre ambos, ha llegado el momento de considerar a la teoría pura del derecho y a la teoría egológica como el esfuerzo de dos grandes juristas por consolidar la ciencia del derecho, tomando de cada uno sus mejores enseñanzas”⁽²⁶⁵⁾. A tal fin, además de

Paris. I have immediately written a letter to Dalloz informing him that I have not authorized the publication of the book Kelsen-Cossio and that I do not authorize a French edition of this book” (traducción propia). Nuevamente agradezco a Leopoldo Godio por la copia de esta carta.

(261) CHIAPPINI, J., Carlos Cossio. Biografía. Textos Recónditos. Bibliografía, Rosario, FAS, 2000, p. 11.

(262) VEGA, J., “Una visita de Kelsen”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 38, 2015, p. 459.

(263) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica (...)”, op. cit., p. 760.

(264) COSSIO, C., La valoración jurídica y la ciencia del derecho, 2ª ed., Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 8.

(265) PETTORUTI, C., “Ser humano y norma. Una perspectiva argentina sobre la Teoría Pura del Derecho”, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, nro. 13, ICJ FCJyS UNLP, 2015, p. 230.

investigar los pormenores de la visita de Kelsen y de su debate con Cossio, para lo cual este estudio pretende contribuir a las indagaciones que se han realizado en los últimos años, resulta indispensable releer de primera mano a sus protagonistas. De ahí el renovado interés, a siete décadas de aquel acontecimiento de proyección mundial, en reeditar sus textos fundamentales, interés que se ha visto reflejado en los importantes eventos realizados en 2019 en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y en la Universidad de La Habana (Cuba) con motivo de los setenta años del debate Kelsen-Cossio, como así también la conferencia dictada por Pettoruti en el Hans Kelsen Institut de Viena (Austria).

Comparto con Atienza la impresión de que “la influencia de Kelsen, a pesar de que este viviera una buena parte de su vida en los Estados Unidos, ha sido relativamente escasa allí, porque su concepción del Derecho (...) no encajaba con la cultura jurídica estadounidense”; como así también aquello de que la influencia realista de Ihering en el ámbito latino, fue sustituida luego por la de Kelsen, “que jugó un papel hegemónico (en competencia a veces con las tradiciones iusnaturalistas) en los países del mundo latino (...). Claro, si uno compara a Kelsen con nuestros iusnaturalistas, la diferencia es simplemente abismal y eso explica que todos los que significaron algo en los años de las décadas centrales del siglo XX fueran de alguna forma kelsenianos” ⁽²⁶⁶⁾.

Vilanova consideraba, en opinión que comparto, que “el éxito sin precedentes de Kelsen se debe, en mi opinión, a que esa superación de la ciencia jurídica prekelseniana se lleva a cabo no como una repulsa sino como una culminación de la orientación que prevalecía ya en los estudios jurídicos, al menos desde el siglo XIX. Esta dirección sigue siendo hoy prevaleciente no obstante disidencias tan autorizadas como la que representan las escuelas norteamericanas de inclinación sociológica, pragmática y realista, la escuela escandinava y (¿por qué no?) la escuela argentina” ⁽²⁶⁷⁾.

Sin dudas, Cossio fue uno de aquellos kelsenianos que “significaron algo” a mediados del siglo pasado. Al decir de Atienza: “Todos o muchos de los que conocieron a Cossio piensan probablemente que tenía una personalidad excesiva. Pero nadie puede negar que sin él no podría explicarse el extraordinario florecimiento de la filosofía del Derecho argentina en la segunda mitad del siglo XX” ⁽²⁶⁸⁾.

(266) GARZA ONOFRE, J. J., “Entrevista a Manuel Atienza”, *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, nro. 8, 2015, p. 177.

(267) VILANOVA, J., “Hans Kelsen (1881-1973)”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos, nro. 728, 1973, p. 592.

(268) ATIENZA, M., “Una nueva visita a la filosofía del derecho argentina”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Facultad de Derecho UBA, nro. 14, 2009, p. 13.

Y es que como lo expresara mi maestro Julio Raffo, en una conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 2007: “Quien introdujo a Kelsen en la Argentina, difundió sus ideas, lo convocó a esta Facultad a debatir, a exponer la teoría pura del derecho y a dialogar con su pensamiento fue Cossio. No hubo nadie más trascendente para la presencia y las ideas de Kelsen en la Argentina que Carlos Cossio” ⁽²⁶⁹⁾. Así pudo decir Ricardo Guibourg, aludiendo a ese hontanar iusfilosófico de raigambre kelseniana, que “la Argentina era, ya en la década de 1960, un caso insólito: gracias a los sucesivos liderazgos de Carlos Cossio y Ambrosio Gioja, albergaba el mayor número de investigadores dedicados en un mismo lugar a la teoría del derecho” ⁽²⁷⁰⁾.

Si puede afirmarse con fundamentos, como lo hace Atienza en la entrevista citada, que la Argentina es “el país más kelseniano del mundo”, apreciación que también comparto, sin dudas ello responde en gran medida a la sinergia de encuentros y desencuentros, rupturas y continuidades, tanto intelectuales como personales, que caracterizó la relación que durante décadas mantuvieron Kelsen y Cossio, cuya impronta dejó una huella indeleble en nuestra idiosincrasia iusfilosófica.

(269) RAFFO, J., “Conferencia en homenaje a Carlos Cossio y Werner Goldschmidt”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 85, 2008, ps. 212 y 213.

(270) GUIBOURG, R., “Progresos del pensamiento”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 21, vol. II, 1998, p. 15.

EL POSITIVISMO EN EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO CUBANO. UNA MIRADA RETROSPECTIVA A TRAVÉS DE TRES OBRAS DEL SIGLO XX

Por Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez ()*

I. INTRODUCCIÓN

Los estudios de Filosofía del Derecho en Cuba atraviesan, en los albores del siglo XXI, una etapa de progresiva recuperación, luego de largos años de declive. Para nadie es un secreto que esta materia resultó una de las más golpeadas en los planes de estudio elaborados con posterioridad a 1959, donde se llegó a suprimir su enseñanza al ser considerada una asignatura de corte burgués, incompatible con el pensamiento marxista-leninista transformador y revolucionario que se inculcaba a los futuros juristas. Al respecto, un profesor de la entonces Escuela de Ciencias Jurídicas comentó:

“Esta profundización de la Escuela, tiene que afrontar el aspecto teórico, para poder participar con fundamento y coherencia, en la proyección del derecho de transición y en su aplicación; derecho del cambio social necesario, distinto —repetimos— al derecho con pretensiones de estabilización del capitalismo en crisis. En este aspecto teórico, es indispensable una neta posición marxista” ⁽¹⁾.

En consecuencia, la Filosofía del Derecho fue considerada una materia peligrosa, fruto de un pasado decadente que debía ser eliminado. En su lugar, el materialismo dialéctico e histórico debía ser más que suficiente para la formación de los nuevos profesionales del derecho. Como señaló Fernández Bulté, “[l]a consecuencia fue inmediata, no solo desapareció el viejo

(*) Profesor de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) VARONA y DUQUE de ESTRADA, F., “Sobre la enseñanza del Derecho en el periodo de transición”, Revista Cubana de Derecho, Segunda Época, Año 1, nro. 2, La Habana, octubre a diciembre de 1972, p. 82.

programa de Filosofía del Derecho, sino que incluso en torno a todo de ello se hizo un silencio cauteloso durante varios años” (2).

El resultado fue la introducción de una filosofía marxista derivada de los manuales soviéticos, con sus reducciones, limitaciones y errores, que más que enriquecer y dar al debate teórico sobre el derecho nuevos bríos, contribuyeron a su empobrecimiento. Al respecto, Fernández Bulté comentó: “La influencia normativista tuvo entonces despejados todos los caminos, y nos mantuvimos aislados de las principales corrientes iusfilosóficas del mundo que nos rodeaba” (3). Más grave aún, esta se introdujo de manera dogmática y acrítica, dando por resultado no solo la recaída en el normativismo antes aludida, sino también que cualquier desviación de los cánones establecidos resultara peligrosa e inútil:

“Inútil porque el materialismo histórico había completado y respondido cuánto era preciso para disponer de verdades absolutas sobre el Derecho. Peligroso, porque los que afirmaran entonces que el materialismo dialéctico constituía únicamente un método de abordar los caminos del pensar filosófico y cuanto más las leyes generales del desarrollo universal y que este método y esas leyes aplicadas a la sociedad conformaban las bases de su interpretación pero, por ello mismo obligaban a su creadora aplicación a los distintos fenómenos sociales, y lejos de liquidar la reflexión y especulación filosófica particulares las proveían de herramientas gnoseológicas científicas; cuantos afirmaran tales cosas, repito, revelaban un intento de ir más allá de la filosofía marxista, de rebasarla, por tanto, de revisarla. Y ya estábamos ante las fuerzas tenebrosas; el revisionismo, peligro superlativo del marxismo” (4).

En consecuencia, no solo desapareció la asignatura del currículo docente, sino que prácticamente desapareció el debate iusfilosófico. Al respecto, el propio Fernández Bulté comentó: “No obstante, al triunfo revolucionario y después la Reforma de la Enseñanza Superior desapareció la Filosofía del Derecho en los planes de estudio de la que comenzó a llamarse licenciatura en ciencias jurídicas” (5). Por ello es justo reconocer hoy a aquellos que hicieron posible su vuelta a los programas académicos después de largos años de ausencia y a los jóvenes que en este tiempo se dedican con pasión y sabiduría a su cultivo, uno de cuyos frutos, sin dudas, es este seminario.

Un tema que desde el punto de vista histórico debe ser abordado, tanto por filósofos del derecho como por los historiadores de la ciencia jurídica, es

(2) FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Filosofía del Derecho*, 2da. ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. X.

(3) *ibíd.*, p. IX.

(4) *id.*, ps. IX y X.

(5) *id.*, p. VIII.

el relativo a los orígenes del pensamiento iusfilosófico cubano, en especial lo referido a la primera mitad del siglo XX. Si bien, sobre el siglo XIX existen algunos textos de síntesis, en particular la obra de Medardo Vitier ⁽⁶⁾, no ocurre lo mismo con respecto al siglo XX; en buena medida, estas ausencias son el resultado de la visión imperante sobre la materia antes aludida, que llevó al abandono y al olvido, no solo de su presencia en los planes de estudio, sino también de los textos y de los autores que la hicieron posible.

Por ello, el rescate de la doctrina patria en torno a los temas iusfilosóficos deviene elemento indispensable en su rescate de cara a una reconstrucción histórica necesaria que permita contextualizar el presente y aporte elementos básicos que permitan una explicación más allá de los estereotipos. Un paso importante en este tema es recuperar, con ojo crítico, temáticas, autores y textos, de ese pasado cercano cuyo descuido empobrece la cultura jurídica de un país.

Una de las temáticas más interesantes es la referida a la introducción e implantación del positivismo jurídico en Cuba y su impacto en la ciencia del derecho durante la primera mitad del siglo XX, en especial en lo referente a la figura de Hans Kelsen. Durante la primera mitad de la centuria, los estudios iusfilosóficos gozaron en Cuba de cierto favor, en especial en el plano académico ⁽⁷⁾.

Con posterioridad a 1959 se produjo un cierto abandono de la temática, así como una buena dosis de intermitencia, aunque aquí existe un importante vacío que necesita ser cubierto, sobre todo en lo referente a los años sesenta de la centuria. Es probable que en este distanciamiento hayan influido la relativa cercanía temporal del objeto de estudio, así

(6) VITIER, M., *Las ideas y la filosofía en Cuba*, Estudio liminar de Cintio Vitier, La Habana, Ciencias Sociales, 2002.

(7) Puede consultarse al respecto, por vía de ejemplo, que se involucraron en este tema y sin la pretensión de agotarlo: DESVERNINE y GALDÓS, P., "El derecho y la sociología", tesis presentada por el licenciado Pablo Desvernine a la Facultad de Derecho para optar por el grado de Doctor, La Habana, Imprenta la Tipografía, 1900; ARAMBURO y MACHADO, M., *Filosofía del Derecho*, 3 tomos, Nueva York, 1924 (t. I) y 1928 (t. 2 y 3), Instituto de las Españas en los Estados Unidos; DESVERNINE y GALDÓS, P., *Estudios fundamentales de Derecho*, La Habana, Librería Atenea de Fermín de la Fuente, 1928; *Filosofía del Derecho*. Carta dirigida al Dr. Antonio Berenguer y Sed por el Dr. Pablo Desvernine y Galdós, sobre la obra del Dr. Mariano Aramburu y Machado titulada *Filosofía del Derecho*, La Habana, Imprenta Plácido, 1928; SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Stammler. Ensayo de valoración*, prólogo de Emilio Fernández Camus, La Habana, s.e., 1931; HERNÁNDEZ CORUJO, E., *Aporte de la dirección alemana a la teoría general del Estado*, La Habana, Imprenta Rambla Bouza y Cía., 1938; SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Teoría general del derecho*, La Habana, Cultural S.A., 1953 (la edición original es de 1939); AZCÁRATE ROSELL, C., "La filosofía del derecho y el derecho comparado", *Revista Cubana de Derecho*, Año XVII (3 nueva serie), nro. II (66), La Habana, Imprenta de F. Verdugo, abril-junio 1943, ps. 161-173; MENÉNDEZ, E., *El nuevo derecho. Origen y evolución del pensamiento jurídico*, La Habana, Lex, 1946; LAVÍN, P., *Teoría general del Estado. Copias de clases*, La Habana, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, 1948. Una selección exhaustiva puede encontrarse en MATILLA CORREA, A., "Notas bibliográficas", *Revista Cubana de Derecho*, Cuarta Época, nro. 36, La Habana, Unión Nacional de Juristas, julio-diciembre de 2010, ps. 132-135.

como la ruptura y posterior crisis del pensamiento iusfilosófico cubano con posterioridad a 1959, aludida con anterioridad. En este sentido, la *Revista Cubana de Derecho* publicó, a inicios de los años setenta, una serie de traducciones de textos soviéticos sobre la ideología jurídica burguesa en general y el pensamiento de Hans Kelsen en particular, destinados en buena medida a su crítica, en algunos casos desmedida⁽⁸⁾. Un ejemplo de ello puede apreciarse al valorar la teoría pura del derecho y su desapego a las condiciones sociales y los valores morales:

“Kelsen procede a aplicar el principio de la eliminación en forma consciente y consecuente en el período en el que se plantean, práctica y teóricamente, con singular agudeza, las cuestiones relativas al contenido, el papel y el destino de la estatidad, el derecho y la legalidad burgueses. El normativismo hace todo lo posible por excluir el planteamiento mismo de esas cuestiones, por presentar el derecho burgués como algo ajeno a la realidad político-social del imperialismo. En la época actual, cuando el derecho, al igual que otros importantes aspectos de la vida social, es arena de lucha entre las fuerzas de la democracia y la reacción, cuando la experiencia histórica ha planteado con toda agudeza el problema de la legislación violadora del Derecho, las concepciones de Kelsen son terribles por su indiferencia social. En su tiempo el fascismo trajo a Kelsen algunos momentos desagradables: tuvo que emigrar de Europa, pero las concepciones kelsenianas no podían producir nada desagradable para el fascismo. La brutal legislación fascista encajaba perfectamente en su esquema. Se creó una situación paradójica a primera vista cuando el régimen se burlaba groseramente de los principios del derecho y la legalidad, pero no podía ser condenado desde el punto de vista de la teoría que se consideraba la más jurídica de las teorías del derecho”⁽⁹⁾.

Este propio autor repitió más adelante un criterio muy similar al referirse a la relación entre Estado y derecho en la doctrina kelseniana:

“En la doctrina de Kelsen no hay nada que ‘se parezca al Estado’ contrapuesto al ‘Estado jurídico’, no hay tampoco un ‘monismo del derecho y

(8) Véase al respecto, ALEXANDROVICH TUMANOV, V., “La ‘teoría pura’ del derecho de Kelsen”, *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 1, nro. 2, La Habana, octubre de 1972, ps. 159-186; “La filosofía burguesa del derecho. El derecho natural”, *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 1, nro. 3, La Habana, diciembre de 1972, ps. 37-82; “Contribución a la crítica de las doctrinas sobre el derecho”, *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 2, nro. 4, La Habana, enero-marzo de 1973, ps. 53-67; “La ideología jurídica burguesa. La concepción jurídica del mundo”, *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 2, nro. 5, La Habana, abril-junio de 1973, ps. 3-68; “La pluralidad de las doctrinas burguesas sobre el derecho”, *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 2, nro. 6, La Habana, julio-diciembre de 1973, ps. 3-53; “El positivismo jurídico”, *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 2, nro. 7, La Habana, enero-junio de 1973, ps. 3-62. En esencia se trató de la traducción al español de la obra de ALEXANDROVICH TUMANOV, V., *La ideología jurídica burguesa*, Moscú, Nauca, 1971.

(9) ALEXANDROVICH TUMANOV, V., “La ‘teoría pura’ del derecho (...)”, op. cit., ps. 166 y 167.

el Estado' que no es otra cosa que la idea del 'Estado jurídico'. Al igual que el Derecho en un sistema es cualquier derecho, definido no por su contenido, sino exclusivamente por sus indicios formales, así el Estado es cualquier ordenamiento jurídico centralizado. Según el criterio de Kelsen el Estado hitleriano es la personificación del Derecho, al igual que una república democrática. Este rasgo particularmente peligroso es percibido por los partidarios de Kelsen en su 'teoría pura'. En este sentido las concepciones de Kelsen resuenan con un tono francamente totalitario, particularmente en las ocasiones en que las fuerzas reaccionarias tienden a desatar una ofensiva contra la democracia bajo un manto legal, cumpliendo las exigencias de las formas jurídicas. La tesis correcta es la contraria a la declarada por Kelsen: no toda actividad del Estado reviste formas jurídicas, pero el Estado no tiene el Derecho de hacer todo lo que le venga en gana" ⁽¹⁰⁾.

Como se puede apreciar, en relación con este autor soviético, aunque algunas de sus críticas y conclusiones parecen acertadas, de hecho, no será la primera vez que algunos de estos argumentos se repitan, incluso por autores vinculados al entorno kelseniano, estas resultan, por su forma y contenido, algo extremas, ya que poco le faltó para acusar al maestro austriaco de nazi.

A esta obra hay que sumarle dos artículos de destacados autores cubanos de la época, dedicados al pensar iusfilosófico desde la perspectiva marxista ⁽¹¹⁾. Ambos textos resultaron interesantes en su momento, pero aportaron poco al debate desde la perspectiva de la filosofía del derecho ⁽¹²⁾.

En la década de los años noventa aparecieron algunas obras que, de forma directa o indirecta, han abordado esta temática, casi siempre de forma general y con poca vinculación a Cuba ⁽¹³⁾.

(10) *ibíd.*, ps. 181 y 182.

(11) Véase al respecto, PRIETO MORALES, A., "Algunas ideas sobre el derecho a través de la Historia", *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 1, nro. 3, La Habana, diciembre de 1972, ps. 141-193; ÁLVAREZ TABÍO, F., "La legalidad burguesa", *Revista Cubana de Derecho*, Segunda Época, Año 2, nro. 6, La Habana, julio-diciembre de 1973, ps. 61-74. El primero es realmente una sucinta historia del derecho y el segundo una crítica a la legalidad burguesa.

(12) Otras obras que directa o indirectamente abordaron la temática iusfilosófica que se pueden consultar incluyen a: CAÑIZARES ABELEDO, F. D., *Teoría del Estado y del derecho*, 2 tomos, La Habana, Editorial Universidad de La Habana, 1970; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del derecho en la Antigüedad*, 2 tomos, Edición Revolucionaria, La Habana, 1971; *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, La Habana, Ciencias Sociales, 1978; *Historia de las ideas políticas y jurídicas*. Roma, La Habana, Pueblo y Educación, 1984; *Manual de Historia general del Estado y el derecho*, La Habana, Pueblo y Educación, 1987; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., YÁÑEZ GARCÍA, R. M., CARRERAS CUEVAS, D. y LIZÓN GONZÁLEZ, J. L., *Manual de Historia del Estado y el Derecho I*, Primera y Segunda Parte, 1a edición, La Habana, Félix Varela, 2001 (la edición original de esta obra corresponde al año 1990; hay reimpresión posterior de esta edición por la Editorial Félix Varela).

(13) En la *Revista Cubana de Derecho* en los últimos veinte años apenas se encuentran artículos con temática iusfilosófica. Cabe resaltar tres trabajos publicados en la *Revista Cubana de Derecho*, Tercera Época, Año 2, nro. 6, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, abril-junio de 1992, ps. 9-36. Este número quizás sea excepcional, pues incluyó cuatro trabajos que de manera directa o indirecta aludían a la figura de Kelsen en su vertiente iusfilosófica. Por su parte, Fernández Bulté le dedicó

En consecuencia, resulta interesante abordar desde una perspectiva histórica la visión del positivismo jurídico, en especial el impacto de la figura de Hans Kelsen en el pensamiento cubano de la primera mitad de la centuria. De él deben derivarse nuevas respuestas y, sobre todo, quizá lo esencial, nuevas preguntas para futuras investigaciones. Entre ellas cabría mencionar dos ideas fundamentales: ¿cómo se receptó el positivismo, en especial la obra de Kelsen en Cuba?; en segundo lugar, ¿fue este un proceso acrítico y dogmático o, por el contrario, trató de asimilar lo mejor de su trabajo y asumió posturas de enfrentamiento a sus debilidades? Por último, e igual de importante, ¿fue predominante el positivismo en la doctrina jurídica cubana de la primera mitad de la pasada centuria? Para ello es imprescindible realizar un análisis de la doctrina cubana de la época, en especial la relativa a la filosofía del derecho y al estudio de cuestiones filosóficas en el derecho.

Es evidente que un trabajo de esa magnitud requiere más espacio del que disponemos en el presente ensayo, por lo que en su lugar se decidió centrarlo en tres obras vinculadas de manera directa a la temática, publicadas en los primeros cuarenta años del siglo XX. Para ello se seleccionaron el libro del Dr. Emilio Fernández Camus titulado *Filosofía jurídica contemporánea* ⁽¹⁴⁾, publicado en 1932, y los artículos del Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro denominados “El kelsenismo” ⁽¹⁵⁾ y “Las nuevas orientaciones del derecho” ⁽¹⁶⁾, publicados en 1945 y 1949, respectivamente. Esta selección no es fruto del azar, ya que se trata de dos obras que tienen relativa cercanía temporal, y fruto de la mente y el esfuerzo de destacados juristas cubanos de la época. También resultaron textos representativos de un momento interesante en la historia de Cuba, en especial en su vertiente jurídica, pues estuvo marcado por significativas transformaciones en el orden normativo, que tuvieron su punto álgido en el proceso constituyente y la Constitución de 1940 ⁽¹⁷⁾.

un capítulo de su obra *Filosofía del Derecho*, antes aludida. Ver al respecto, FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Filosofía (...)*, op. cit., ps. 180-195.

(14) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica contemporánea*, con prólogo de Hans Kelsen, vol. V, 1ª edición, La Habana, Jesús Montero Editor, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, 1932.

(15) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, *Revista Cubana de Derecho*, Primera Época, Año XIX, nro. 2, La Habana, octubre a diciembre de 1945, ps. 107-123.

(16) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones del Derecho”, *Cuadernos de la Universidad de Aire del Circuito CMQ. Primer Curso de 1949. Ideas y problemas de nuestro tiempo*, La Habana, Lex, 1949, ps. 7-13.

(17) Pueden consultarse, por vía de ejemplo: GUTIÉRREZ, G., *Constitución de la República de Cuba. Sus antecedentes históricos, su espíritu y estudio crítico sobre sus más fundamentales principios*, La Habana, Lex, 1941; FERRARA, O., “Las ideas jurídico-sociales, en las constituciones cubanas”, Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid el día 29 de enero de 1945, Madrid, Talleres Tipográficos Marsino, 1945; GUTIÉRREZ, G., “La Convención constituyente y la Convención de 1940”; GUERRA, R. et al., *Historia de la Nación Cubana*, t. IX, La Habana, Editorial Historia de la Nación Cubana, 1952; HERNÁNDEZ CORUJO, E., *Historia constitucional de Cuba*, t. 2, La Habana, Compañía Editora de Libros y Folletos, 1960; ÁLVAREZ TABÍO, F., *El constitucional-*

Ambas fueron el resultado de autores de reconocido prestigio en el plano académico nacional. En el caso de Fernández Camus, destacó como profesor de Derecho Romano y autor de obras acerca de esta materia. No obstante, su solvencia en temas relativos a la filosofía del derecho queda demostrada por su pertenencia a la Sociedad Alemana de Filosofía del Derecho y el prólogo a su obra de Hans Kelsen. Por su parte, Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro fue, hasta después del triunfo revolucionario, el profesor de la asignatura en la Universidad de La Habana, que, en palabras de Fernández Bulté ⁽¹⁸⁾, tuvo el mérito de generar en sus lecciones más dudas e interrogantes acerca de la ciencia del derecho.

Para ello se decidió dividir el presente trabajo en dos partes. La primera estará dedicada a un panorama del pensamiento filosófico en Cuba, en especial el jurídico, durante la primera mitad del siglo XX, momento que resulta muy interesante ya que, coincidiendo con el advenimiento de la Cuba republicana, se produjo un cambio paulatino de sus paradigmas, que tuvo significativas repercusiones para el mundo del derecho. El segundo lugar se dedicó al análisis de las obras comentadas, en aras de intentar dar una respuesta, aunque sea parcial, a las preguntas antes formuladas.

Como guía metodológica para el análisis de estos tres textos, por demás de muy disímiles extensión, formato, contenido y propósito, se decidió utilizar la formulación que realizó el propio Antonio Sánchez de Bustamante en uno de los trabajos antes citados, cuando definió los postulados básicos de la doctrina de Hans Kelsen:

“Primero: Concepción kantiana del mundo sobre la base de la Escuela de Marburgo, con énfasis especial en el dualismo entre Ser (*Sein*) y Deber Ser (*Sollen*), contrapuestos desde un punto de vista lógico formal. Segundo: Pureza absoluta del método jurídico, especialmente frente a lo político y a lo axiológico. Tercero: Teoría monista de la Ciencia del Derecho sobre la base de una estricta unidad normativa. Cuarto: Identidad de Estado y Derecho. Quinto: Estructura eslabonada de las Fuentes de Derecho. Sexto: Primado del Derecho Internacional dentro de la unidad del ordenamiento jurídico” ⁽¹⁹⁾.

ismo en Cuba, La Habana, Universidad de La Habana, Dirección de Publicaciones, Unidad de Impresión Ligera, 1966; CARRERAS, J. Á., Historia del Estado y del derecho en Cuba, La Habana, Pueblo y Educación, 1980; DE LA FUENTE, J., Análisis constitucional desde Jimaguayú hasta el 40, La Habana, Ciencias Sociales, Colección Ciencias Jurídicas, 1989; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Historia del Estado y el Derecho en Cuba, La Habana, Félix Varela, 2005; SUÁREZ DÍAZ, A. (coordinadora), Retrospectiva crítica de la Asamblea Constituyente de 1940, La Habana, Ciencias Sociales, 2011; MULET MARTÍNEZ, F., “Entre la crisis y la reforma. Itinerario del constitucionalismo cubano”, en A. MATILLA CORREA y ALIE PÉREZ VÉLIZ (coordinadores), Estudios jurídicos. Homenaje al Dr. Eurípides Valdés Lobán, Pinar del Río, Ediciones Loynaz, 2016.

(18) FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Filosofía (...), op. cit., ps. I y II.

(19) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, cit., ps. 109 y 110.

De este estudio se decidió excluir lo referido a la dimensión relativa al derecho internacional, que contó con un cierto análisis en la obra de Fernández Camus, pero que Montoro apenas abordó.

De cumplirse este objetivo, se podría obtener una aproximación, aunque sea fragmentada y parcial del estado del arte de la filosofía del derecho en Cuba a mediados de la pasada centuria y esperar que sirva de incentivo y comienzo del necesario proceso de reconstrucción histórica de los estudios iusfilosóficos en el ámbito nacional, hoy tan urgido de una necesaria relectura que, sin esquemas ni dogmatismos, permita una cabal comprensión de sus aportes y limitaciones.

II. EL PANORAMA IUSFILOSÓFICO CUBANO A INICIOS DEL SIGLO XX. EL CAMBIO DE PARADIGMAS

Los orígenes del pensamiento iusfilosófico en Cuba estuvieron vinculados de manera muy estrecha con los de la filosofía, en el tránsito del siglo XVIII al XIX, de la mano de un heterogéneo grupo de figuras de lo que se ha dado en llamar por los historiadores, la generación del 92 o ilustración reformista cubana ⁽²⁰⁾. Esta nueva élite criolla potenció un desarrollo cultural sin precedentes en la isla, que a su vez era el resultado de una serie de procesos de larga data, cuyos orígenes habría que buscarlos en el propio hecho de la conquista y colonización española a inicios del 1500.

Símbolos tangibles de los nuevos tiempos, a la vez llamados a la renovación material y sobre todo intelectual, fueron la creación de la Alma Mater Habanera en 1728 y de los Colegios Seminarios de Santiago de Cuba y La Habana. Como acotó Medardo Vitier: “Pero es indispensable dilatar más atrás los horizontes siquiera sea en lo tocante a tres factores de nuestra primera formación intelectual: el establecimiento de la imprenta, la fundación de la Universidad y la del Seminario” ⁽²¹⁾.

Estos cambios permitieron sistematizar los estudios filosóficos y jurídicos, hasta entonces dispersos y, en el caso de los últimos, irrealizables en el contexto antillano, y creó las condiciones primigenias para su avance en el futuro. En este sentido, como señaló el propio Vitier, “[e]n un periodo que pudiéramos fijar entre el último lustro del siglo XVIII y los primeros veinte años del XIX se realiza en Cuba la transición de la escolástica a la filosofía moderna” ⁽²²⁾.

(20) TORRES-CUEVAS, E. y LOYOLA VEGA, O., *Historia de Cuba 1492-1898: Formación y liberación de la nación*, 2a edición, La Habana, Pueblo y Educación, 2002, p. 107.

(21) VITIER, M., “Las ideas y la filosofía en Cuba”, *Palabras liminares por Cintio Vitier*, La Habana, Ciencias Sociales, 2002, p. 6.

(22) *ibid.*, p. 240.

Este movimiento intelectual se basó en la recepción de lo más moderno del pensamiento europeo y americano en materia filosófica y jurídica. Al respecto, Eduardo Torres-Cuevas señaló:

“En La Habana de la época, como lo prueban numerosos documentos —pueden verse algunos artículos del Papel Periódico de La Habana o los cuadlibetos universitarios— existía una fuerte tendencia que expresaba inquietudes en los más variados campos del conocimiento y, a la vez, permitía una amplia lectura de escritores, incluso prohibidos. Hombres como Francisco de Arango y Parreño, obtenían dispensa papal para leer las obras proscritas por la Iglesia Católica. Otros, simplemente los leían sin buscar tan costosa protección. Lo cierto es que en una ciudad que mantenía estrechas y diarias relaciones comerciales con Nueva York, Londres, Burdeos, Cádiz, y otras grandes ciudades del mundo también era recibida esa mercancía tan apreciada en algunos círculos: los libros. Newton y Locke; Condillac y Rousseau; Feijoo y Jovellanos; Hamilton y Jefferson; como la Enciclopedia Francesa o la Constitución norteamericana eran conocidos y discutidos en la elite cultural de La Habana”⁽²³⁾.

Este nacimiento de los estudios filosóficos y jurídicos estuvo marcado por la aceptación del electivismo en materia filosófica y del iusnaturalismo para explicar el fenómeno del derecho. Ambos procesos estuvieron en estrecho vínculo, toda vez que los primeros intentos de analizar los temas legales partieron de personas, en sentido general, con poca formación jurídica, aunque con profundos conocimientos filosóficos, como los casos de José Agustín Caballero y Félix Varela. Es interesante acotar que en sus inicios estuvo muy vinculado a las instituciones religiosas en las que tuvo su origen, aunque puede hablarse, desde sus inicios, de un número de autores laicos, que aportaron una visión distinta del fenómeno, como Francisco de Arango y Parreño, José Agustín Govantes, entre otros.

En sede jurídica, este análisis se caracterizó por la presencia de varios aspectos interesantes. En primer lugar, su afiliación a los postulados del individualismo y del liberalismo en lo económico, político y social. En segundo lugar, su vinculación con la corriente iusnaturalista de pensamiento, a través de la escuela del derecho natural. En tercer lugar, su carácter electivo o ecléctico, inspirada en la esencia filosófica que le dio origen. En cuarto lugar, y consecuencia de lo anterior, su vínculo con lo más moderno del pensamiento europeo y americano en materia. En quinto, la presencia de elementos derivados de la escolástica en su quehacer especulativo. Por último, una división que no parte tanto de diferencias conceptuales como de los

(23) TORRES-CUEVAS, E., “Introducción”, en Félix VARELA y MORALES, Obras, vol. I, Ensayo introductorio, compilación y notas de Eduardo TORRES-CUEVAS, Jorge IBARRA CUESTA y Mercedes GARCÍA RODRÍGUEZ, Biblioteca de Clásicos Cubanos, La Habana, Imagen Contemporánea, 2001, ps. XXIV y XXV.

efectos prácticos de la implementación de ciertos postulados claves como libertad, propiedad, igualdad, justicia, cuya materialización en el contexto antillano presentó significativas referencias respecto de los modelos foráneos.

Este iusnaturalismo estuvo enmarcado en dos etapas fundamentales. Una primera cuyos inicios se ubicaron en las postrimerías del siglo XVIII y se extendió hasta 1857. Ella estuvo marcada por una visión del derecho desde la filosofía, lo que no quiere decir que no se produjeran obras jurídicas de notable valía, pero su presencia resultó muy limitada y en muchos casos, casi desconocida ⁽²⁴⁾. Otro aspecto interesante de esta época radicó en que la mayor parte del trabajo quedó en manos de los filósofos, que se apoyaron en los principios del derecho natural para formular propuestas políticas concretas para el contexto antillano. Otro aspecto interesante radicó, hasta donde es posible saber, en la ausencia de una enseñanza sistemática del Derecho natural, ya que no existieron, que se haya podido averiguar, cátedras dedicadas al tema ni en la Universidad de La Habana ni en los colegios seminarios existentes en el país. De ahí que la introducción de este contenido quedó en manos de los profesores de Filosofía o de Derecho patrio, en no pocas ocasiones sacerdotes ⁽²⁵⁾.

Una segunda etapa se inició con la reforma de los planes de estudio de 1842 y enmarcó la aparición de la asignatura en el currículum académico y la publicación de la obra *Elementos de la filosofía del derecho*, de Antonio Bachiller y Morales, que marcó un comienzo al respecto ⁽²⁶⁾. Sobre este particular, Medardo Vitier comentó:

“En 1857 publicó en la Habana su texto de *Elementos de Filosofía del Derecho* D. Antonio Bachiller y Morales. Denominábalo también curso de derecho natural. Es libro importante, pues, aunque carece de novedades, representa bien la corriente jusnaturalista en Cuba. Refleja las doctrinas de Grocio, Tomasio (siglos XVII y XVIII) y las de autores europeos posteriores como Ahrens, que acabo de citar, y Tiberghin” ⁽²⁷⁾.

(24) Véase al respecto, BACHILLER y MORALES, A., *Apuntes para la Historia de las Letras y de la Instrucción Pública en la Isla de Cuba*, t. I, La Habana, Imprenta El Tiempo, 1850, ps. 182-195. Pueden consultarse también, *Memorias de la clase de derecho patrio del Real y Conciliar Colegio Seminario de La Habana*, La Habana, Imprenta de La Marina, 1819; VARELA y MORALES, F., “Observaciones sobre la Constitución política de la monarquía española”, en *Obras*, op. cit., vol. II, ps. 7 a 70; HECHEVARRÍA y O GAVAN, Prudencio, “Sátira contra la predilección del Derecho Romano en nuestras aulas y tribunales”, *Revista de la Facultad de Letras y Ciencias*, vol. XXIX, La Habana, Universidad de La Habana, Imprenta El Siglo XX, julio-diciembre de 1919, ps. 257-277; SACO, José Antonio, “Jurisprudencia”, en *Obras*, op. cit., vol. I, ps. 117-131.

(25) Como los casos de José Agustín Caballero y Félix Varela.

(26) BACHILLER y MORALES, A., *Elementos de la Filosofía del Derecho o Elementos de Derecho Natural*, La Habana, Imprenta el Tiempo, 1857.

(27) VITIER, M., *Las ideas (...)*, op. cit., p. 129.

A partir de entonces puede hablarse de un iusnaturalismo consolidado en Cuba, cuyo predominio, aparentemente indisputado se prolongó hasta los albores del siglo XX y dejó huellas en la producción científica y normativa de la época. Un aspecto importante que lo diferencia de la etapa anterior radicó en que se trata de una reflexión desde el derecho y para el derecho realizado por juristas, lo que sin dudas supuso un cambio cualitativo respecto del periodo precedente.

Durante el siglo XIX, el iusnaturalismo reinó casi sin oposición en el panorama jurídico antillano y presidió su transición de la noción de criollo a la de cubano, quedando entonces en vínculo muy estrecho con los orígenes de la conciencia nacional.

Esto no quiere decir que no existieran otros discursos, en plano filosófico o jurídico, que defendieron visiones distintas de la ciencia del derecho, ya que el propio electivismo filosófico permitió una mayor apertura a corrientes foráneas. Desde el comienzo existió una tendencia hacia lo que Medardo Vitier denominó realismo:

“Junto a esa corriente ideológica, doctrinaria, manifestada en formas muy varias, nuestro siglo pasado registra una visible dirección realista en el modo de alterar las condiciones generales de la colonia. La presencia y la continuidad de ese realismo son notorias. Saco es el representante por excelencia de esa dirección, pero no el único. Consiste en enfocar la urgencia de los servicios al país, conforme a problemas concretos, sin invocar doctrinas. Es como un pragmatismo público de sumo interés para el sociólogo. Saco, en cuya obra voy a detenerme ahora, la Sociedad Económica, en la ejecutoria que ya bosquejé, Arango y Parreño, ‘el estadista sin estado’, como le ha llamado recientemente un joven y docto economista cubano, el Lugareño, civilizador de Camagüey, D. Francisco de Frías (Conde de Pozos Dulces). D. José de la Luz, Enrique José Varona son exponentes del realismo a que me refiero”⁽²⁸⁾.

Esta visión del derecho, marcada más por el pragmatismo que por el realismo, estuvo influenciada por corrientes anglosajonas que se filtraron en la Isla desde finales del siglo XVIII. No obstante, no puede hablarse en ellos de verdadero positivismo y mucho menos de la corriente liderada por Augusto Comte, que apenas emergía en Europa a comienzos del siglo XIX. Quizás, en este sentido, el más susceptible de ver influenciada su visión del derecho por las doctrinas de Comte es José Antonio Saco, debido a su larga residencia en París⁽²⁹⁾.

(28) VITIER, M., *Las ideas (...)*, op. cit., ps. 69 y 70.

(29) Vivió en la capital francesa casi todos sus años de destierro, a partir de 1835. Véase al respecto “Ensayo introductorio”, de Eduardo TORRES-CUEVAS, en *Obras*, vol. I, op. cit., p. 42.

El impacto de las ideas positivistas en el mundo del derecho en Cuba no comenzó a sentirse en realidad hasta la segunda mitad del siglo XIX, ya que hasta entonces dominaron, en especial en el plano académico, el iusnaturalismo y la filosofía idealista alemana, cuya presencia todavía era visible a finales de la centuria. En este sentido, la primera obra de filosofía del derecho escrita en Cuba, por Antonio Bachiller y Morales, antes mencionada, y los textos recomendados para la enseñanza de la asignatura en la década de 1860 dan buena fe de ello ⁽³⁰⁾.

Sin embargo, los cambios ocurridos a partir del inicio de las guerras independentistas en 1868 llevaron a un proceso de reacomodo de la sociedad insular, marcado por la formación de una conciencia nacional, la crisis definitiva del modelo de plantación esclavista y su sustitución por el trabajo libre, que trajo como colofón la abolición de la esclavitud, así como la reincorporación de la isla al orden constitucional español, tuvieron un profundo impacto en el mundo del derecho y del pensar jurídico.

En primer lugar se produjo un proceso de modernización del derecho vigente en la colonia, que supuso la incorporación, puede decirse que forzosa, de la colonia al movimiento codificador de la mano de España, que, en aras de la uniformidad legislativa, parte a su vez de una política de asimilación, hizo extensivos a su enclave ultramarino, los textos metropolitanos, en especial los codificados, lo que supuso eliminar la amplia dispersión existente hasta entonces y facilitó la introducción de elementos positivistas en la enseñanza de la ciencia jurídica a partir del estudio de los cuerpos legales y sus comentaristas, con una fuerte influencia de la Escuela de la exégesis francesa.

Otro factor a tener en cuenta es el vinculado con la formación de una conciencia nacional que buscó, en los diferentes planos, romper los vínculos con la metrópoli, como mecanismo para reafirmar una identidad propia. Ya en 1900 y para el campo del derecho penal, un autor como Pablo Desvernine tuvo muy clara la existencia de este fenómeno cuando afirmó “[q]ue con la afirmación de estas doctrinas vino a romperse el hilo tradicional de los oficiales estudios jurídicos en nuestra Universidad, no ha de ocultársele a nadie, si se atiende, a que, en contra de la conocida ortodoxia de los sistemas de filosofía abstractos que exclusivamente informaban nuestro orden de educación: en contra de la noción teológica del pecado y de su precisa expiación: en contra de las conclusiones del dogmatismo clásico sobre una pura y libre voluntad y en contra, por último, del concepto tradicional de una justicia reparadora y retributiva, conclusiones y postulados todos en

(30) El uso de Ahrens está acreditado en la década de 1860. Ver al respecto, Real y Literaria Universidad de La Habana, Memoria acerca del estado de la enseñanza en la Universidad de La Habana desde su fundación hasta 1864. Anuario de 1864 a 1865, La Habana, Imprenta del Gobierno y Capitanía General por Su Majestad, 1865, p. 83.

que basara aquella filosofía su teoría de la responsabilidad, de la imputabilidad del delito y la enmienda del criminal como fin último de la penalidad (...). Sea ello lo que fuere y dando por de contado que el anuncio y desarrollo de programa de tan radical fisonomía, debía, a la fuerza, suscitar entre ciertos elementos de nuestra sociedad, según entonces estaba organizada entonces, inconformidades y críticas vertidas en privado y aún protestas de mayor alcance”⁽³¹⁾.

Al respecto, Cabrera Bibilonia acotó:

“De la reacción al Derecho Romano desde postulados del racionalismo preponderando la existencia de un Derecho Patrio (el Derecho Español) se había pasado, a partir de la segunda mitad del siglo decimonónico y con el advenimiento del positivismo, a una reacción del derecho metropolitano. Fue, precisamente, uno de nuestros penalistas quien, con más fuerza, para finales del siglo, atacaría al Derecho ibérico. Partiendo de una serie de postulados del positivismo clásico (sobre todo del evolucionista de Spencer o del utilitarista de Bentham), preponderaría en su programa el estudio de la materia a través de la escuela italiana encabezada por Lombroso, Ferri y Garófalo”⁽³²⁾.

A ello hay que añadir la progresiva declinación del iusnaturalismo en el escenario intelectual a nivel internacional, en la medida en que sufrió el cuestionamiento de su visión de la sociedad, el Estado y el derecho, en la medida en que la realidad social resultó contradictoria con su discurso. En este sentido, González Monzón afirmó: “Avanzado el siglo XIX bajo la sombra del sistema hegeliano (la totalidad, el teleologismo y la dialéctica), la filosofía clásica alemana pasó a ser referente crítico para la edificación de nuevos postulados”⁽³³⁾. Ello fue el resultado de los avances de las ciencias naturales y exactas, apoyadas por un sólido aparato metodológico de base experimental, que se convirtió en el criterio definidor de lo que era o no ciencia para su época. En este sentido, el propio autor comentó:

“Sería cándido pensar que una corriente de pensamiento tan profunda y polisémica como lo fue (y en gran medida lo es también hoy) el positivismo, surge y se desarrolla en la simple polémica contra la metafísica antecedente. Con esto se quiere apuntar que el espíritu positivista hunde sus raíces más profundas en una compleja situación histórico-concreta cuya característica esencial es el desmesurado desarrollo que experimentan las ciencias empíricas. La Matemática, la Biología, la Química y la Física irra-

(31) DESVERNINE y GALDÓS, P., “El derecho (...)”, op. cit., ps. 4 y 5.

(32) CABRERA BIBILONIA, A. J., “Notas para el nacimiento del derecho penal en Cuba. Una arqueología de las ciencias penales”, tesis en opción al grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, inédita, 2016, p. 46.

(33) GONZÁLEZ MONZÓN, A., Naturalismo y positivismo en el derecho. Fundamentos y trascendencia a los debates jurídicos contemporáneos, Bogotá, Leyer, 2016, p. 135.

diaron con sus conocimientos todo el saber de una sociedad (sobre todo la Francia y la Inglaterra de mediados del siglo XIX) que había crecido junto al desprecio de los postulados metafísicos” (34).

En consecuencia, si las antiguas artes, como el Derecho, pretendían ponerse al día con el nuevo contexto, debían, en primer lugar, adecuarse a los nuevos parámetros en materia metodológica, renunciando a ideas metafísicas como la de la ley natural superior e inmutable, que podía deducirse de la razón. En palabras de González Monzón, “[s]i bien el iusnaturalismo resaltaba la esencia y la posibilidad axiológica del Derecho proyectando uniformemente una crítica a las regulaciones positivas, esto es, ponderando un deber ser jurídico, el iuspositivismo invierte metodológicamente el problema y se centra en el derecho dado, suprimiendo cualquier influencia o determinación que provenga del exterior normativo. De esta forma brinda límites estrechos al fenómeno jurídico y despliega su arista técnica, posibilitando el trazado certero del ordenamiento jurídico, entendido como sumatoria de normas, y ponderando principios como el de jerarquía, concordancia, presuposición, redundancia, entre otros. El espíritu positivo de Comte se condensa en el saber jurídico que aspira al estatus de ciencia en las nuevas condiciones intelectuales. He aquí la relación coherente que existe entre el positivismo genérico o filosófico y el positivismo jurídico” (35).

En el contexto cubano, ello estuvo signado por el fracaso de las reformas introducidas por España en la década de los ochenta, que aunque de manera formal supusieron la incorporación de Cuba al orden constitucional español, en realidad sirvieron para mantener mucho del antiguo *statu quo* colonial, mediante una legislación complementaria que desvirtuó el sentido de los derechos fundamentales recogidos en el texto hispano de 1876 y la introducción de una serie de prácticas políticas nocivas que contribuyeron al desencanto de amplios sectores de la población, y a una visión más crítica del entorno jurídico. No resulta extraño entonces que se comenzó a cuestionar los postulados de esta escuela en torno a la realidad antillana. En este sentido, la emergencia de nuevos problemas sociales, en especial los relacionados con el tema agrario y la delincuencia, llevaron a una búsqueda de respuestas alternativas, en franca crítica con el discurso iusnaturalista. Esto se evidenció en especial en la esfera penal, con la entrada en la Isla de la escuela positivista italiana. Al respecto señaló un autor:

“Primeramente, la negación del libre albedrío, ‘la superación teórica’ del Derecho Natural, se enmarca desde la mitad del siglo XIX hasta la llegada del XX (...). El surgimiento de una Sociedad Antropológica en Cuba y la llegada de las ideas lombrosianas para finales del lustro de 1875 a 1880,

(34) *ibíd.*, p. 139.

(35) *id.*, ps. 165 y 166.

reafirmó la reacción a las tendencias iusnaturalistas dentro del Derecho Penal”⁽³⁶⁾.

A finales de la centuria puede afirmarse que se debatieron en el pensamiento jurídico cubano estas posiciones encontradas. Así, un autor como Rafael Montoro, de hondas raíces iusnaturalistas, ancladas en la filosofía hegeliana⁽³⁷⁾, pudo oponerse al positivismo, pero no ignorarlo en sus obras. Así, al comentar la obra de un autor italiano acotó: “Baste consignar, decía, que no participamos de las especiales convicciones científicas del autor, aunque reconocemos los grandes servicios que está prestando la escuela de que es digno miembro, al progreso de la ciencia penal”⁽³⁸⁾. En igual sentido, al analizar el pensamiento filosófico de Enrique José Varona acotó:

“Los estudios filosóficos, por lo mismo que se refieren a diversos asuntos, pues tratan de algunas de las más importantes cuestiones de actualidad en psicología, estética, moral y crítica de los sistemas, requerirían uno o más artículos tan extensos como el presente para dar exacta idea de su contenido y de sus méritos: todos ellos son razonados, profundos, serios; revelan arduo y constante trabajo, al par que profunda sinceridad en las opiniones que expresan. Es difícil elegir entre los mismos porque todos estiman igualmente meditados. El Sr. Varona tiene en filosofía una significación —bastante conocida para que sea necesario detenerse a señalarla. Sin estar sometido a ninguna escuela, puede considerársele como un pensador independiente, consagrado a difundir el nuevo método de la escuela experimentalista de Inglaterra que tiene por corifeos a Spencer, a Bain, a Mill, Lewis y Huxley. El juicio que de esta escuela se forma ha de alcanzar seguramente a los trabajos del Sr. Varona. Pero tiene harta originalidad en no pocos lugares para que no merezcan siempre un estudio especial y desapasionado. Así es que, no creyendo, como no cree el que esto escribe, en las excelencias de tal filosofía, es lícito afirmar que la obra científica del Sr. Varona constituye uno de los más sistemáticos esfuerzos dados a luz en Cuba, honrando por más de un concepto al país que cuenta al joven filósofo entre sus mejores y más laboriosos hijos”⁽³⁹⁾.

Varias fueron las vías por las cuales se introdujo en Cuba el discurso positivista. En este punto resulta interesante examinar el debate desde la perspectiva de las diferentes revistas cubanas de la época, donde se puede encontrar un calidoscopio de opiniones propias de un momento de transi-

(36) CABRERA BIBILONIA, A. J., “Notas (...)”, op. cit., ps. 26 y 27.

(37) VITIER, M., Las ideas (...), op. cit., ps. 358 y 359, así como ps. 364 y 365.

(38) MONTORO, R., “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, Revista General de Derecho. Periódico Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de La Habana, Tercera Época, Año VI, t. VII, La Habana, Establecimiento Tipográfico de Calle O’Reilly número 9, 1889, p. 39.

(39) MONTORO, R., op. cit. pos VITIER, M., Las ideas (...), op. cit., p. 361.

ción dentro del debate filosófico ⁽⁴⁰⁾. No obstante, se pudo advertir una fuerte tendencia al positivismo, no solo por los autores publicados, sino también por el amplio espacio dedicado a traducciones de obras de filiación anglosajona, en especial de Herbert Spencer ⁽⁴¹⁾.

El Derecho incorporó este discurso por diferentes vías. En primer lugar, de forma indirecta, a partir de una reflexión desde una arista filosófica como método para el estudio. Esta labor, realizada en parte desde el campo de la filosofía, la sociología, la antropología y la psicología tuvo un importante exponente en la obra de Enrique José Varona, marcado por una fuerte influencia del pensamiento anglosajón. Debe tenerse en cuenta que este autor dedicó poco de su reflexión al mundo del derecho, aunque sí lo abordó desde diversas aristas como la política y la moral. Para Medardo Vitier, “[e]s soció-

(40) Véase, a modo de ejemplo, VARONA, E. J., “El positivismo”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 3, La Habana, La Propaganda Literaria, marzo de 1878, p. 194; “La moral en la evolución”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 4, La Habana, La Propaganda Literaria, julio de 1878, ps. 29-36; MONTORO, R., “Kant, el neokantismo y los neokantianos españoles”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 4, La Habana, julio de 1878, La Propaganda Literaria, ps. 77-90; VARONA, E. J., “La psicología de Bain”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 2, La Habana, La Propaganda Literaria, 1878, ps. 288-307 y 401-422; BORRERO ECHEVARRÍA, E., “La psicología y los fisiólogos”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 4, La Habana, La Propaganda Literaria, octubre de 1878, ps. 348-358; VARONA, E. J., “La psicología en sus relaciones con la fisiología”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 4, La Habana, La Propaganda Literaria, octubre de 1878, ps. 377-387; MESTRE, A., “El origen natural del hombre”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 5, La Habana, La Propaganda Literaria, mayo de 1879, ps. 419-434, y junio de 1879, ps. 508-529; Varona, E. J., “La evolución psicológica”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 6, La Habana, La Propaganda Literaria, julio de 1879, ps. 5-28; ARANGO, J. F., “Origen natural del hombre”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 6, La Habana, La Propaganda Literaria, agosto de 1879, ps. 134-143, “El cristianismo juzgado por la filosofía positiva”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 6, La Habana, La Propaganda Literaria, noviembre de 1879, ps. 415-420; VARONA, E. J., “La metafísica en la Universidad de La Habana”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 7, La Habana, La Propaganda Literaria, febrero de 1880, ps. 101-136; BACHILLER y MORALES, A., “Consideraciones filológicas, filosóficas históricas sobre la supuesta reversión moral”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 7, La Habana, La Propaganda Literaria, marzo de 1880, ps. 233-242; VARONA, E. J., “Conferencias filosóficas. El método”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 8, La Habana, La Propaganda Literaria, agosto de 1880, ps. 164-174; “Littré”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, tomo 10, La Habana, La Propaganda Literaria, julio de 1881, ps. 71-75; MARTÍNEZ de ESCOBAR, T., “Exposición histórica filosófica sobre los principales sistemas acerca del criterio de la moralidad”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 12, La Habana, La Propaganda Literaria, julio de 1882, ps. 5-31; ARANGO, J. F., “La educación según la filosofía positiva”, *Revista Cubana. Periódico mensual de Ciencias, Filosofía, Literatura y Bellas Artes*, t. I, La Habana, Establecimiento Tipográfico de Soler, Álvarez y Cía., marzo de 1885, ps. 207-224; “El espiritismo”, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 8, La Habana, La Propaganda Literaria, julio de 1885, ps. 32-44. Debe advertirse que las dos publicaciones referenciadas tuvieron un marcado signo positivista.

(41) Al respecto pueden encontrarse en la *Revista de Cuba traducciones de obras de Spencer*, así como las Conferencias filosóficas (...), de Enrique José Varona. Como ejemplo, pueden consultarse los tomos del 8 en delante de la citada publicación, *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, La Habana, La Propaganda Literaria.

logo, pero sus ideas van por vertiente realista. No se demora tanto en los principios generales de la sociología como en su aplicación a hechos de la vida cubana” (42). El propio Varona reconoció cierta filiación positivista en cuanto al método a partir de la lectura del propio Comte, aunque rechazó varias de sus propuestas por autoritarias, decantándose al final por la lógica anglosajona (43). Una sistemática de su pensamiento al respecto quedó plasmada en sus *Conferencias Filosóficas*, publicadas tanto en la prensa periódica como a manera de libro, que constituyeron la base de su doctrina (44).

Este autor no realizó un abordaje sistémico del fenómeno jurídico, aunque su aproximación a estos temas, desde la filosofía, resultó muy interesante. Su pensamiento filosófico tuvo una marcada influencia del positivismo de Comte y de las obras de Herbert Spencer, aunque teñido con ribetes propios, que le dieron un sesgo particular. En este sentido, Medardo Vitier señaló:

“¿Spenceriano? En algo no más, porque lo que hay de sistema en Spencer no lo atrae, y menos aquel optimismo con que el filósofo inglés habló de una moralidad espontánea, como producto de la evolución en lo porvenir. ¿Comtista? También solo en parte, pues se burló donosamente de aquella construcción religiosa de Comte que no tuvo adeptos en Cuba” (45).

Su influencia en el mundo jurídico pudo apreciarse en dos direcciones. En primer lugar, es importante referenciar el valor que atribuyó al método experimental, a partir de las ciencias naturales como criterio de verdad y base para asentar el conocimiento. En su opinión existe uno para todas las ciencias, que cada una en particular emplea conforme a sus necesidades (46), a partir del empirismo y la práctica experimental como ejes cardinales. Al respecto, acotó: “De este modo al principio y al fin está la experiencia, en el centro, en la cúspide, está el espíritu humano. Observar, que es experimentar; generalizar, verificar, que es experimentar” (47). Desde esta lógica de pensamiento queda claro que un jurista que aprecie al derecho como ciencia debe utilizarlo en aras de conseguir resultados verdaderamente científicos.

Otro aspecto de su influjo en el sector jurídico estuvo vinculado a sus estudios sobre ética y moral. Aquí sus postulados se distanciaron algo del

(42) VITIER, M., *Las ideas (...)*, op. cit., p. 331.

(43) VARONA, E. J., “El positivismo”, op. cit., p. 194.

(44) Véase al respecto, VARONA, E. J., *Conferencias filosóficas. Primera serie. Lógica*, La Habana, Editor Miguel de Villa, 1880; *Conferencias filosóficas. Tercera serie. Moral*, Habana, Establecimiento Tipográfico, 1888; *Artículos y discursos*, La Habana, Imprenta de A. Álvarez y Compañía, 1891; *Conferencias sobre el fundamento de la Moral*; nueva edición, Nueva York, D. Appleton y Compañía Editores, 1903.

(45) VITIER, M., *Las ideas (...)*, op. cit., p. 346.

(46) VARONA, E. J., *Conferencias filosóficas (...)*. Lógica, op. cit., ps. 237 y 238.

(47) *ibid.*, p. 238.

positivismo jurídico, al no admitir la separación entre moral y derecho como ciencia, utilizando para ello a Schopenhauer como guía ⁽⁴⁸⁾. Al respecto afirmó:

“Nuestros análisis nos muestran que sus esferas tienen que coincidir y separarse de un modo diverso, nos dicen por qué es así y por qué es punto menos que imposible fijarles límites infranqueables. Ambos son manifestaciones diversas de un principio social común; por eso tienen puntos de contacto y puntos de divergencia; ambos están sometidos a leyes de adaptación de cada grupo social; por eso se aproximan más o menos según las épocas y lugares, y de aquí lo inseguro y movedizo de sus linderos. Por lo demás bien sabemos que el Derecho establecido es uno de los factores de la moralidad y como lo es, y no puede sorprendernos que esta que es un producto, sea mucho más rica en su contenido” ⁽⁴⁹⁾.

Parece ser que la visión de Varona sobre este tema es la de dos esferas, que se entremezclan de acuerdo con las condiciones de sociabilidad de cada época, sin fundirse una con la otra, pero sin desligarse de forma completa. En su opinión, la diferencia fundamental entre ambas radicó en el método para su implementación en la sociedad, estando el derecho vinculado a la esfera objetiva y la moral a la subjetiva ⁽⁵⁰⁾.

El lazo de unión entre ambas era, para este autor, la necesidad de contribuir a mantener el orden social base de la existencia del ser humano. A su juicio, la clave de la moralidad y el derecho era la necesidad de la asociación cimentada en la cooperación y la solidaridad frente al individualismo y el egoísmo predominantes. En este sentido acotó: “De aquí, para mí este principio en que estriba toda la ciencia y el arte todo de la ética: el hombre es moral porque es social” ⁽⁵¹⁾. De hecho, en opinión de Vitier: “Todo el curso de moral lo dedica Varona a demostrar e ilustrar la aseveración de que el hombre es moral porque es sociable” ⁽⁵²⁾.

Esta sociabilidad del ser humano está condicionada por la búsqueda de la perfección a través de la solidaridad y la cooperación entre los individuos. Al respecto señaló: “La vida en sociedad, considerada en sus caracteres extrínsecos, no es, en resumen, sino un estado de cooperación mutua (...). En los caracteres íntimos de la vida asociada, la cooperación toma la forma del sentimiento de la solidaridad” ⁽⁵³⁾. Es importante advertir que, desde su perspectiva, la sociabilidad del hombre está condicionada a factores biológicos y psíquicos, que la determinan y, por ende, influyen en la moral: “La

(48) VARONA, E. J., Conferencias filosóficas (...). Moral, op. cit., p. 222.

(49) *ibíd.*, p. 221.

(50) *id.*, ps. 221 y 222.

(51) VARONA, E. J., Conferencias filosóficas (...). Moral, op. cit., p. 9.

(52) VITIER, M., Las ideas (...), op. cit., p. 339.

(53) VARONA, E. J., “El bandolerismo”, en Artículos y discursos, op. cit., p. 203.

constitución física y la constitución psíquica determinan la asociación; la asociación determina la moralidad”⁽⁵⁴⁾. Debe advertirse que asumió como postulado científico la expresa subordinación de la moral a la sociología⁽⁵⁵⁾ y su visión de este fenómeno como algo dinámico que evoluciona a la par de las formas de asociación. En este tema reflexionó:

“El progreso de la moral es un corolario del progreso de sus instituciones en el sentido lato de la palabra. Cada etapa sucesiva en el camino de la civilización aporta nuevos perfeccionamientos en las costumbres, mayor delicadeza en los sentimientos morales, mayores exigencias de la noción de deber”⁽⁵⁶⁾.

Al respecto, en opinión de Vitier, “[d]e todo esto deriva la conclusión siguiente: lo ético se genera en la sociabilidad, y según el grado de esta. El método de su estudio ha de ser genérico para descubrir los momentos rudimentarios del sentimiento moral, todavía oscuro, en ciertas especies y en tribus salvajes. Tal es en general, su punto de vista. Se infiere de todo ello que Varona no acepta una naturaleza ética dada, sino considera la moral como una lenta elaboración de la raza”⁽⁵⁷⁾.

Para Varona, entonces, no pudo existir una construcción única de la moral, sino que esta es una construcción humana dependiendo su desarrollo del grado de civilización alcanzado por una sociedad concreta, tal como indicó Vitier: “Tampoco acepta el pensador cubano la condición ética del hombre, como un paradigma implantado en la especie humana. Lo ético lo considera generado por lo social y presente en notas rudimentarias del mundo animal”⁽⁵⁸⁾. Desde esta lógica, el derecho, por su estrecho vínculo con lo moral, como ya se acotó, resulta también cambiante. En consecuencia, resulta imposible hablar de un derecho superior, inmanente al hombre, que pueda ser deducido mediante la razón. En pocas palabras, hay una negación implícita del derecho natural.

Otro elemento que lo distanció del iuspositivismo era el relativo a su defensa de postulados vinculados a los derechos naturales del hombre, en especial lo referente a la libertad. Su defensa del ejercicio de estos derechos resultó muy visible en los escritos de la década de 1880:

“Porque el uso de estos derechos, aun en las condiciones en que nosotros los ejercemos, dignifica y eleva al hombre. Escribir francamente lo que se ha meditado sinceramente, hablar cuanto se tiene en el pecho, aun cuando haya de pasar como palabra que se borra en el papel con el transcurso de

(54) VARONA, E. J., Conferencias filosóficas (...). Moral, p. 10.

(55) *ibid.*

(56) *id.*, p. 19.

(57) VITIER, M., Las ideas (...), op. cit., ps. 339 y 340.

(58) *ibid.*, p. 345.

los años, como voz que se extingue en el oído, tras breve revolución del tiempo; aun cuando haya de pasar así, es siempre un acto cívico trascendental, la consagración de la personalidad humana, el ejercicio de un derecho supremo, superior a todos los pactos, a todas las leyes políticas”⁽⁵⁹⁾.

Como puede apreciarse, en este contexto asumió un claro postulado iusnaturalista en contraste con su positivismo filosófico. La defensa de estos derechos no era solo un deber, sino también una forma de elevación moral: “Para que el derecho de cada uno sea en realidad inviolable, es preciso que todos sientan como propia la injuria que sufre el derecho ajeno, y estén dispuestos a salir en su defensa”⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, su principal prédica en este sentido, es la obediencia a la autoridad y las leyes como base del orden social, siendo muy interesante su apoyo al respeto a la ley positiva, en este caso la Constitución:

“Cualesquiera que sean los principios que a este respecto se profesen, hay un punto en que todos los amantes del derecho tienen que estar de acuerdo; y es que la Constitución, mientras está vigente, debe ser escrupulosamente respetada y, como consecuencia, que a nadie es menos lícito olvidarla que a los que deben ser sus guardadores, es decir, a los que gobiernan”⁽⁶¹⁾.

El papel del Estado resulta determinante en su lógica como garante del orden social y mantenedor de la paz pública, aunque, por el influjo de la civilización, sometido a las restricciones impuestas por la propia sociedad debido al desarrollo de sus diversos factores. Desde su perspectiva, el Derecho debió actuar como barrera de contención apoyado en su carácter coactivo.

Esta visión quedó matizada por su análisis objetivo de la realidad, sobre todo cubana, que condicionaron sus postulados conservadores y, a la postre, un fuerte pesimismo. Por paradójico que parezca, como buen positivista, aspiró a mejorar la sociedad en que le tocó vivir. No obstante, el contacto diario con la realidad lo llevaron a dudar de la posibilidad de mejoramiento humano. Así, al referirse a la moral de Spencer comentó: “El buenazo de Spencer pensaba que la conducta moral llegaría a sernos tan espontánea como beberse un vaso de agua el sediento. ¡Ay! no vemos todavía indicios de que se haya iniciado, bosquejado siquiera, esa feliz evolución”⁽⁶²⁾. Desde su perspectiva: “Nos muestra la garra del fuerte, ya brutal, ya disfrazada, sometiendo al débil, no obstante las leyes, la moral, la religión”⁽⁶³⁾.

(59) VARONA, E. J., “Discurso pronunciado en la sociedad de La Fraternidad”, en *De la Colonia a la República. Selección de trabajos políticos ordenada por su autor, Biblioteca La Cultura Cubana dirigida por Carlos de Velasco, La Habana, Sociedad Editorial Cuba contemporánea, 1919*, p. 22.

(60) VARONA, E. J., “El derecho del puño”, en *Artículos y discursos*, op. cit., p. 182.

(61) VARONA, E. J., “Circular IV: A los Conservadores”, en *De la Colonia (...)*, op. cit., p. 247.

(62) VARONA, E. J., *Con el eslabón*, op. cit. pos VITIER, M., *Las ideas (...)*, op. cit., p. 343.

(63) VITIER, M., *Las ideas (...)*, op. cit., p. 346.

En especial lo inquieta el fracaso del Estado y del derecho, en su papel de mecanismos de control en aras del progreso social. En su lugar devino instrumento de opresión y de regresión social, como en el caso de la pena de muerte, por resultar contraproducente y dañina para la moral. En su opinión: “El pueblo ha tenido sangre hasta la saciedad. Así se ha quebrantado su energía, sin levantar su moral; y el gobierno todo lo que ha conseguido es sembrar el terror por breves intervalos sin corregir y sin morigerar” ⁽⁶⁴⁾. Para Varona, lo más grave era que las autoridades encargadas de hacer cumplir las leyes y mantener el orden social eran las primeras en violentar las reglas establecidas. Sobre ello, en diversos momentos de su vida emitió fuertes críticas contra las autoridades establecidas por contribuir con su actuar a la degeneración moral del pueblo. Un ejemplo de ello se encuentra en esta afirmación:

“Proscribir y desterrar por meras sospechas ha sido cosa habitual (...) desde abofetear en las calles a un simple detenido, hasta matar a tiros, en poblado o despoblado, a los presos, no ha habido violencia que no se hayan permitido los agentes de la autoridad. El transeúnte ha podido tropezar en la calle con uno muerto por asesinos, y luego con otro muerto por la policía. El pueblo ha tenido sangre hasta la saciedad” ⁽⁶⁵⁾.

En su opinión, esto era el resultado de una deficiente construcción social que requería una urgente revisión:

“Aquí los agresores son agentes de autoridad; allá son personas investidas de autoridad. El caso es el mismo y el origen uno solo. A dominados y dominadores falta por completo el sentimiento y la noción supremos de la vida social: el respeto inviolable a la persona humana. Signo indeleble de nuestro atraso, es exponente visible de nuestra educación y nuestras costumbres” ⁽⁶⁶⁾.

Un último aspecto del pensamiento de Varona, que resultó interesante desde lo jurídico, es el relativo al papel de la ley escrita dentro del derecho. En su criterio existe en la cultura occidental una suerte de fetiche al respecto, inspirado en el derecho romano. Sobre el particular, señaló:

“Un pueblo civilizado regula buena parte de sus actos por leyes escritas. Este hecho fundamental desde el punto de vista sociológico, responde a una necesidad y constituye un peligro...; el peligro no es tan visible, aunque no sea menos real. Arranca de que las leyes se dictan en condiciones y circunstancias de tiempo, que van cambiando paulatina, pero inexorablemente.

(64) VARONA, E. J., “El bandolerismo”, op. cit., p. 215.

(65) *ibíd.*

(66) VARONA, E. J., “El derecho del puño”, op. cit., p. 180.

Pocas cosas han hecho tanto daño al mundo occidental, como el fetichismo inspirado por el Derecho Romano”⁽⁶⁷⁾.

Por ello este autor se mostró contrario a la codificación, por considerar que suponía el anquilosamiento del derecho en su contenido normativo, limitando la libertad del magistrado a la hora de decidir y, por ende, su capacidad de adaptarlo a una realidad social cambiante. Sin dudas fue partidario del sistema anglosajón, aunque reconoció que la tradición jurídica cubana, de raíz latina, lo hacía inviable⁽⁶⁸⁾. Otra de sus recomendaciones es que la ley debe ser clara, sencilla y de fácil modificación, en la búsqueda, justamente, de su transformación acorde con los cambios sociales⁽⁶⁹⁾.

Quizás el principal aporte de Varona al pensamiento iusfilosófico cubano fue el relativo a la necesidad de producir reformas sociales en aras del perfeccionamiento de la vida en común.

En resumen, “puede afirmarse que, si bien positivista y difusor del positivismo filosófico en Cuba, las ideas de Varona, en términos jurídicos resultaron en un punto intermedio entre ambas corrientes, siendo, en la feliz expresión de Fernández Bulté, una suerte de hombre puente.

Una segunda vertiente, que abrió sendas al positivismo, tanto filosófico como jurídico, estuvo vinculada a la reflexión sobre el tema de los propios juristas cubanos y su recepción de autores extranjeros vinculados a esta corriente. Al respecto resulta muy ilustrativo el caso de José María Céspedes y Orellano, el cual, sin abandonar del todo sus postulados iusnaturalistas, defendió el método positivista como el más adecuado para el estudio del derecho. Cerca de este tema advirtió a sus discípulos en 1884:

“La escuela positivista, evolucionista y transformista de nuestro siglo, está llamada a lijar definitivamente el verdadero alcance de la Filosofía y de las instituciones sociales y jurídicas. La ciencia nueva, que con el nombre de Física Social ó Sociología fundó Comte y cultiva con admirable éxito Herbert Spencer, aglomera cada día nuevos hechos, buscados con exquisita sagacidad en el arsenal de los siglos, ya se refieran a los pueblos civilizadas, ora se relacionen con las tribus bárbaras o las hordas salvajes. De esos hechos ha de brotar forzosamente una ciencia del Derecho más real y provechosa que la forjada por las meras especulaciones de los trascendentalistas”⁽⁷⁰⁾.

(67) VARONA, E. J., “Nuevos reductos”, en Primer Congreso Jurídico Nacional, Lista de temas para el Primer Congreso Jurídico Nacional, aprobada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, Imprenta y papelería La Universal, 1918, p. 288.

(68) *ibíd.*, ps. 289 y 290.

(69) *id.*, ps. 291 y 292.

(70) CÉSPEDES y ORELLANO, J. M., “El derecho, su clasificación y su relación con otras ciencias”, discurso leído en la Universidad de La Habana con motivo de la apertura de la Academia de Derecho, el día 7 de noviembre de 1886, en Discursos, estudios y artículos, La Habana, Establecimiento tipográfico, 1895, p. 63.

Para este autor, el comtismo ⁽⁷¹⁾ constituyó una respuesta científica y metodológica que debió servir de base filosófica para transformar el derecho y su estudio. En su opinión, la obra de Augusto Comte estaba llamada a producir una revolución en las ciencias sociales:

“Augusto Comte no hizo más que percibir el movimiento de la Filosofía, observar la dirección que llevaba y darle un nuevo impulso hacia adelante. Espíritu matemático, como d’Alembert, aplicó todo el vigor de sus facultades al estudio de los fenómenos naturales para enlazarlos, en una síntesis final, y constituir la sociología moderna, que él llamó la Física Social. Y así como Bacon provocó desde mayor distancia, el levantamiento de la gran Enciclopedia del siglo XVIII, Comte alentó, más próximamente, la colosal Enciclopedia del siglo XIX” ⁽⁷²⁾.

A su juicio, la principal contribución de Comte, con su física social, se derivó no solo de la recepción del método de las ciencias naturales, sino de su contribución a la solución de las crisis que afectaban a las sociedades civilizadas ⁽⁷³⁾; y comentó:

“Respecto del cuarto y último concepto, el más importante, sin duda alguna, y que bastaría por sí solo para establecer la excelencia de la Filosofía Positiva, hace el autor una pintura lastimosa de las crisis políticas y morales que han castigado la vida social hasta su tiempo, y juzga que todos los males provienen, en último análisis, del empleo simultáneo de las tres filosofías radicalmente incompatibles: la teológica, la metafísica y la positiva. Es claro, dice, que, si una cualquiera de estas tres filosofías obtuviese en realidad una preponderancia universal y completa, habría un orden social determinado, mientras que el defecto está principalmente en la ausencia de toda verdadera organización. Concluye confiado en que la Filosofía positiva vencerá al fin a las otras dos, por ser la única capaz de resolver los problemas sociales, acercando los espíritus hacia el centro común y neutral de las ciencias” ⁽⁷⁴⁾.

Otra forma de recepción del iuspositivismo se vinculó con la recepción de la obra de juristas extranjeros vinculados a esta corriente. Sin embargo, la primera referencia en la literatura jurídica cubana apareció en una fecha tan temprana como 1901. Publicada en forma de recensión al libro por Antonio Govín y Torres, catedrático de Derecho Administrativo, en la *Revista de Derecho* ⁽⁷⁵⁾. Sobre ella hay que resaltar un detalle interesante que dice mucho de su autor, una de las grandes figuras de esta materia en suelo patrio.

(71) CÉSPEDES y ORELLANO, J. M., “El comtismo”, en Discursos, estudios (...), op. cit., p. 63.

(72) *ibíd.*, ps. 286 y 287.

(73) *ibíd.*, p. 289.

(74) *ibíd.*, p. 290.

(75) GOVÍN y TORRES, A., “Recensión al libro, El Derecho objetivo y la ley positiva”, *Revista de Derecho*, t. I, op. cit., ps. 5-8 y 50-56.

El texto de Duguit tuvo que ser consultado en francés, su idioma original, pues coincidieron el año de su publicación original con el de su comentario habanero ⁽⁷⁶⁾. En buena medida es un trabajo pensado para incentivar la lectura de la obra, comenzó con estas palabras:

“Obra es esta de especial estudio, porque a más de encerrar una crítica original y sólida de las ideas reinantes en punto a la naturaleza y fines del Estado, contiene la exposición de una doctrina que en no pequeña parte presenta el mérito de la novedad, nacida no del prurito de singularizarse, sino del severo examen de los hechos” ⁽⁷⁷⁾.

En relación con el análisis del texto, Govín comentó que Duguit era un iconoclasta del derecho escolástico y del Estado metafísico, identificados aquí con la naturaleza del mismo como emanación de la voluntad general y con la teoría de los derechos subjetivos. A continuación, reconoció como base fundamental de su doctrina acerca del Estado, la regla de la solidaridad social, partiendo de la afirmación de que “[e]n realidad no hay ni puede haber oposición entre el interés individual y el interés colectivo, entre el individuo y el Estado. Solidarios son el interés de todos y el interés de cada uno porque hay una coincidencia permanente y absoluta entre los fines colectivos y los individuales” ⁽⁷⁸⁾.

Este principio sirvió de base a su regla de derecho, que debe regir el orden social y la actuación del Estado. Igualmente, con respecto a los derechos subjetivos, afirmó, siguiendo a Duguit: “No hay derechos subjetivos; el Derecho es por su naturaleza exclusivamente objetivo, por ser la expresión de un hecho, la solidaridad social” ⁽⁷⁹⁾. En este sentido, entonces, todo ejercicio de derechos queda supeditado a la realización de los fines sociales.

En este sentido, la recepción de la obra de Duguit puede servir como botón de muestra de la introducción de elementos iuspositivistas en Cuba a comienzos del siglo XX, como parte de las tendencias que hasta ese momento se expresaban en materia de derecho.

Una tercera forma de introducción del iuspositivismo en Cuba estuvo vinculada a la de la escuela del positivismo penal italiano, que tuvo un gran impacto en el desarrollo de las doctrinas penales en Cuba, en especial en el campo de la criminología. Una figura esencial en este proceso fue el profesor José Antonio González Lanuza, catedrático de Derecho Penal entre 1892

(76) Como bien advierte la nota al final de la p. 5. Vid. GOVÍN y TORRES, A., “Recensión (...)”, op. cit., p. 5.

(77) GOVÍN y TORRES, A., “Recensión (...)”, op. cit., p. 5.

(78) *ibíd.*, op. cit., p. 6.

(79) GOVÍN y TORRES, A., “Recensión al libro, El Derecho objetivo y la ley positiva,” *Revista de Derecho. Periódico Mensual fundado por estudiantes de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana*, tomo I, La Habana, Tipografía El Fígaro, 1901, p. 8.

y 1917 y uno de los defensores de la escuela italiana, así como uno de los jurisconsultos más influyentes de su época.

De su doctrina iusfilosófica cabe señalar algunos aspectos fundamentales. En primer lugar, su oposición constante al iusnaturalismo, que manifestó desde fecha tan temprana en sus lecciones de Derecho Penal ⁽⁸⁰⁾. Sobre ello, este autor comentó:

“Establezcamos que esta doctrina ha sido objeto de debates, alteraciones y de una efectiva decadencia, dado que la actual concepción de una forzosa relatividad, en tiempo y espacio, de los ideales jurídicos, se opone a semejante elevada y vasta, pero infructífera concepción” ⁽⁸¹⁾.

En su opinión, esta escuela, unida a la del contrato social, presentó dos falencias significativas. En primer lugar, su falta de rigor científico, derivado de su alejamiento de la realidad social, si bien es cierto que, a su juicio, el estado de las ciencias no permitía otra cosa ⁽⁸²⁾:

“[Y] al cabo de algún tiempo de estas investigaciones, que el hombre de ciencia emprendía sin más luz que la de su propia razón, sin conocimiento alguno de la realidad humana individual y social, sin datos precisos, sin la previa acumulación de materiales que suponen la recolección antecedente de hechos bien comprobados” ⁽⁸³⁾.

En segundo lugar, su crítica se apoyó en la implementación práctica de esta doctrina, que juzgó utópica por su ruptura del orden y de los valores sociales en aras del cambio. Acerca de este particular apuntó:

“¡Generosa y espléndida ilusión que todavía al cabo de duras experiencias, levanta nuestros espíritus y hace palpitar nuestros corazones! Ella tenía, después de todo una explicación natural: era el vuelo emprendido, desde un mundo lleno de injusticias y dolores, hacia una región ideal elevada por la que suspiraban todas las almas, que atraía poderosamente a las inteligencias d'élite, nacida de la contemplación de los males presentes y consecuencia de una desbocada carrera en busca de soñados bienes futuros; pero trastornadora, indefectiblemente trastornadora de la vida real” ⁽⁸⁴⁾.

Para entender esta posición es necesario acotar que, desde el punto de vista político, Lanuza fue un conservador a ultranza. Esta posición lo llevó

(80) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., Lecciones de derecho penal, Primer curso, vol. I, La Habana, s.e., 1906, ps. 15 y ss.

(81) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., “Necesidad de profundizar en los estudios jurídicos”, Cuba Contemporánea, t. III, La Habana, 1913, p. 319.

(82) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., Discurso inaugural de las academias de Derecho. Curso 1902 a 1903, La Habana, Imprenta de Rambla y Bouza, 1902, p. 20.

(83) *ibíd.*, p. 21.

(84) *id.*, p. 22.

a alinearse en contra de la supresión de la pena de muerte ⁽⁸⁵⁾ o del divorcio ⁽⁸⁶⁾, por solo citar dos ejemplos, por considerar que eran una amenaza al orden social. Al respecto un autor comentó:

“Al agruparse la ciudadanía en entidades políticas para el normal ejercicio de la función soberana, González Lanuza cree más acorde con su pensamiento y con su conducta afiliarse a las que mantienen un tono más pausado, ajenas a extremismos que puedan significar futuros peligros para la República” ⁽⁸⁷⁾.

En tercer lugar, Lanuza asumió el positivismo filosófico como método básico para el estudio de las ciencias, incluido el derecho. Acerca de ello apuntó: “La moderna filosofía positiva, al aplicarse a las ciencias que de antiguo se han llamado morales y políticas, tenía que llevar a ellas su espíritu experimentalista, su método propio de investigación científica” ⁽⁸⁸⁾. No obstante, reconoció que este podía resultar difícil de aplicar a la ciencia jurídica, en especial en lo referente a su enseñanza:

“En la última etapa de sus transformaciones, las distintas enseñanzas que en nuestra Universidad se profesan fueron objeto de una reforma a la que presidía una tendencia fundamental, que a todas ellas dominaba: la de hacer menos teóricos y más experimentales esas enseñanzas. Esta tendencia, naturalmente, tenía más ancho campo en otras Facultades que en la nuestra. El estudio del Derecho en las Universidades no se presta mucho, en efecto, a la experimentación. El único laboratorio que la jurisprudencia tiene a su alcance, es la vida real, el efectivo conflicto de los intereses humanos, la infracción verdadera y no fingida de los mandatos de la ley, alegada ante los Tribunales, en ellos discutida y decidida (...) la única experimentación posible del jurista está en las luchas del foro, no fingidas, sino palpitantes y verdaderas, presididas por la necesidad de aplicar las leyes a la realidad social” ⁽⁸⁹⁾.

En su opinión, la forma de solucionar esta dificultad era acudiendo tanto al positivismo como al estudio histórico del derecho, conectando ambas escuelas a partir de ver al derecho como algo más que la ley positiva, sino como un fenómeno dinámico en transformación, acorde con las dinámicas de la sociedad que le dio origen. Al respecto, argumentó:

(85) Véase al respecto, GONZÁLEZ LANUZA, J. A., “La Ley de Lynch en los Estados Unidos”, La Habana, Imprenta y Papelería La Universal, 1892; “Necesidad de mantener la pena de muerte”, Cuba Contemporánea, A. V., t. XIV, julio, nro. 3, 1917.

(86) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., “El divorcio”, Revista del Foro, t. IX, Segunda Época, La Habana, Imprenta Ancha del Norte, 1902 a 1903, ps. 99-120.

(87) DE PIEDRA BUENO, A., Lanuza, La Habana, Editor Juan González y Cía., 1953, p. 18.

(88) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., Discurso inaugural (...), op. cit., p. 17.

(89) *ibíd.*, ps. 6 y 8.

“Pero cuando el maestro se ha penetrado, de que toda institución de Derecho, tal y como a nosotros ha llegado, es el producto de una larga evolución histórica, que ha encontrado su raíz más profunda y su fundamento más remoto en una necesidad primordial, sentida hace muchos siglos por algún agregado de hombres (...); cuando está bien persuadido de que el lento variar de las necesidades sociales obedece a leyes formuladas por la misma Naturaleza, de que la evolución social puede ser estudiada científicamente; entonces se da cuenta de que aquel precepto que debe analizar y comprender es una de tantas palpitaciones del corazón del hombre” (90).

En su criterio, la Escuela Histórica del Derecho prestó un gran servicio a la ciencia jurídica al superar las doctrinas del derecho natural y la razón pura, trayendo su estudio a la realidad objetiva y apreciándolo como un fenómeno dinámico derivado del orden social. No obstante, sus valoraciones críticas sobre ciertos aspectos de ella, en especial de las ideas de Savigny lo llevaron de vuelta al positivismo:

“Y cuando aparecieron, tras de ella, el positivismo de Comte, el evolucionismo de Spencer, la tendencia experimentalista general de las ciencias que tiene al hombre y a la sociedad humana por objetos, cuando surgió la Sociología como ciencia propia, se prescindió de toda exageración relativa a la espontaneidad en la producción de Derecho, se prescindió de aquella conciencia popular indeterminada y vaga, que para Savigny y sus secuaces era la fuente de donde todo derecho emanaba; pero siempre la nueva tendencia recogió de la obra de su gran precursora el método positivo de los estudios jurídicos, la clara y real distinción entre el Derecho y la ley, (no como lo había hecho la escuela del Derecho Natural, sino como la realidad de la vida humana la presentaba en las entrañas mismas de la Historia), y, por fin, recogió asimismo el que Burgi, con otros muchos, llamó concepto dinámico del Derecho, que nos presenta a los principios jurídicos, formándose lentamente a través de la Historia” (91).

Un último elemento es el relacionado con su estrecho vínculo con la Escuela Positivista del Derecho penal italiana, que introdujo de manera sistemática en su enseñanza de la materia en la universidad habanera. En este sentido un autor comentó:

“No puede desconocerse que Lanuza fue influenciado por los estudios de Lombroso, Garófalo y Ferri, que sepultaron la escuela clásica, alumbrando el camino de una nueva ciencia, que contemplaría al delincuente, y no al delito, para buscar los remedios a ese azote de la sociedad que es el delito. Así, desde sus oposiciones a la cátedra, Lanuza se adentró en la teoría

(90) *id.*, ps. 8 y 9.

(91) *id.*, ps. 19 y 20.

de la escuela positiva, adoptando una línea de conducta científica inalterable”⁽⁹²⁾.

Su vinculación con esta escuela se produjo, con toda probabilidad en fecha muy temprana, quizá bajo la influencia de autores como Céspedes y Orellano y Varona, que ya ocupaban puestos académicos cuando el joven Lanuza comenzó sus estudios jurídicos en la década de 1880. Ya desde 1891 se dibujó de forma clara esta orientación, como lo mostró en el siguiente fragmento: “La moderna Psicología y los estudios antropológicos son abiertamente opuestos a esas ideas. Yo me atengo a ellos: Para mí, como sostiene Garófalo, el fin esencial de la pena no es enmendar sino reprimir”⁽⁹³⁾. Para 1892, año en que realizó las oposiciones a la cátedra de derecho penal, esta orientación quedó clara en el programa de estudios que presentó al acto de ejercicio y en el realizado para el curso de 1893 a 1894, que resultó en un ejercicio transversal de positivismo⁽⁹⁴⁾. Por último, la misma tendencia se observó en sus *Lecciones de derecho penal*, de 1906⁽⁹⁵⁾. Con respecto al primero, Dolz, con una gran dosis de dramatismo y no poco de exageración afirmó: “De manera (...) que cuando aquel joven débil (...) apareció en la tribuna de las oposiciones y divulgó las doctrinas de la Escuela Positiva, fue algo más que una demostración de suficiencia; fue, digámoslo honradamente, fue una verdadera revelación”⁽⁹⁶⁾.

Un aspecto importante de su visión del tema es la relación entre derecho y moral, marcada, siguiendo la línea de Varona, por una tendencia a una mayor autonomía de una con respecto a la otra. Ya en su programa de 1893 se pudo apreciar esta tesis al plantear la necesidad de distinguir entre las leyes éticas o morales y las jurídicas⁽⁹⁷⁾. Así, en sus *Lecciones de derecho penal* apuntó:

“Los escritores de la escuela del Derecho Natural han sostenido que Moral y Derecho eran círculos concéntricos. Más propio sería decir que son esferas secantes. Si las reglas de conducta moral no se observan sobrevendrá

(92) TABÍO, E., Temas de derecho penal en torno al Código de defensa social, Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros, vol. CLXXI, Séptima Serie, La Habana, Jesús Montero Editor, 1955, p. 224.

(93) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., “Carta pretenciosa de juicio crítico”, en Pedro BECERRA, El derecho penal moderno y la escuela correccionalista penitenciaria contra el patíbulo. Réplica a la carta juicio crítico hecha a mi obra Filosofía del Derecho Penal por el Dr. D. José Antonio González Lanuza, La Habana, Imprenta y papelería La Acacia, 1891, p. 7.

(94) Véanse, a modo de ejemplo, las lecciones en GONZÁLEZ LANUZA, J. A., Programa de derecho penal. Curso de 1893 a 1894, La Habana, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, Imprenta La Moderna, 1893.

(95) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., Lecciones de derecho penal. Primer Curso, vol. I, La Habana, s.e., 1906.

(96) DOLZ y ARANGO, R., Discurso pronunciado por el Dr. Ricardo Dolz y Arango, Catedrático de Derecho Procesal en el Aula Magna de la Universidad Nacional el día 27 de junio de 1918 en homenaje a la memoria del Dr. José Antonio González Lanuza. Habana, Imprenta El Siglo XX de la Sociedad Editorial Cuba Contemporánea, 1918, p. 19.

(97) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., Programa (...), op. cit., p. 6.

un cierto malestar, pero la sociedad no estará atacada en su base. La base de la Sociedad es el Derecho (...). Cuando una de estas normas se quebranta, la sociedad procura restablecer el equilibrio por medio de una sanción la cual es precisa y necesaria”⁽⁹⁸⁾.

Como puede aquilatarse, en su discurso, al igual que en Varona, hay una clara tendencia a separar estas dos categorías, lo que supone una mayor autonomía para el análisis del derecho como ciencia y un mayor acercamiento al iuspositivismo. Igualmente reiteró su ataque al iusnaturalismo al considerar caduca su visión del tema.

Quizá lo más significativo de la obra de Lanuza es que dejó un número de discípulos, que continuaron sus enseñanzas a lo largo del siglo XX, tanto desde el estudio del derecho penal como de la criminología⁽⁹⁹⁾.

Un último factor a tener en cuenta, en lo referente a la recepción en Cuba del iuspositivismo fueron las modificaciones realizadas a los planes de estudio de la carrera de Derecho que se introdujeron durante el periodo de la primera ocupación norteamericana a partir de 1899. Esta medida se tomó en parte como resultado de varios de los factores antes aludidos, en primer lugar, la idea de romper con el pasado colonial en materia universitaria, considerado en materia docente como obsoleto y arcaico. Por otro lado, no puede desdeñarse la idea de modernización antes aludida, que influyó en su asentamiento sobre una buena dosis de pragmatismo, reforzando su carácter experimental frente al componente teórico. Ambos documentos fueron elaborados por dos relevantes figuras ya comentadas anteriormente en este estudio, José Antonio González Lanuza y Enrique José Varona, adscriptos ambos al positivismo y, de hecho, supusieron su establecimiento en el orden filosófico, lo que marcó el futuro de su enseñanza en la Cuba republicana. Ambos llevaron a la desaparición de la Filosofía del Derecho como asignatura y, en su lugar, el paso de los temas vinculados con estas materias al nivel doctoral, a cargo de docentes de las otras facultades. Al respecto Desvernine comentó, refiriéndose al “Plan Lanuza”: “en el que con la mira de informar en los principios y métodos de la moderna filosofía científica otros estudios que no solo los de Derecho Penal, se introdujeron en la Facultad de Filosofía y Letras, pero con carácter de forzosos para la Facultad

(98) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., *Lecciones (...)*, vol. I, op. cit., ps. 17 y 18.

(99) Véase al respecto, a modo de ejemplo, sin pretender agotar el tema: MARTÍNEZ, J. A., *Leciones de derecho penal, 1er Curso*, vol. I, La Habana, Imprenta Cuba y América, 1906; *Leciones de derecho penal, 2do Curso*, vol. II, La Habana, Imprenta Cuba y América, 1906; *Programa de un Curso de derecho penal*, La Habana, Imprenta Siglo XX, 1917; REGUEIFEROS y BOUDET, E., *Bibliografía penal de Cuba (1 de enero de 1901 a 26 de julio de 1926)*, La Habana, Imprenta El Siglo XX, 1926, ps. 42-60; MARTÍNEZ, J. A., *El positivismo de Cesar Beccaria*, La Habana, Ediciones Montero, 1939; “La evolución del derecho penal en Cuba”, en *Colegio de Abogados de La Habana, Serie de conferencias sobre el Código de defensa social a cargo del Dr. José Agustín Martínez. Conferencia Primera*, Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros, edición especial, vol. LVI, La Habana, Jesús Montero Editor, 1940.

de Derecho, los estudios de Lógica y Psicología, Ética y Sociología, con la agrupación de un curso alterno de Antropología (...). Fue esta la primera vez que se instalaron de una manera definitiva y orgánica en nuestra Facultad los estudios que vienen haciéndose para la enseñanza moderna y científica del Derecho” (100).

Un aspecto importante a tener en cuenta radica en el denominado “Plan Lanuza” apenas rigió durante un curso académico y pronto fue sustituido por el de Varona, que se mantuvo durante buena parte del periodo republicano, con sucesivas modificaciones. De lo presentado por Varona cabe destacar que mantuvo, en materia filosófica, las asignaturas antes mencionadas, como requisito indispensable para obtener el grado de doctor, tanto en la Escuela de Derecho Civil, como en la de Derecho Público (101). Este plan supuso también la desaparición de la asignatura Introducción al estudio del Derecho, que Lanuza conservó en su anterior plan. Con ello la enseñanza filosófica quedó limitada al doctorado y a cargo de un mismo catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras (102). Al respecto Desvernine señaló “que ha retenido para la enseñanza del Derecho los estudios antes citados de Sociología y demás ciencias, pero ha suprimido de nuestra Facultad la asignatura Introducción General al Estudio del Derecho, que como antes hemos apuntado era lo único de técnicamente filosófico que había quedado en la referida Facultad” (103).

La crítica implícita de Desvernine al “Plan Varona” es por su abandono de la enseñanza de la filosofía y de la teoría del derecho, que dejó al estudiante con un déficit en estas materias, que solo la sociología y la filosofía moral podían en parte compensar.

A ello hay que añadir que su estudio se limitó, al menos de forma inicial, al nivel doctoral, que no era cursado por todos los alumnos, ya que el título de licenciado habilitaba para el ejercicio profesional. Ello significó que algunos estudiantes no recibieran formación filosófica alguna durante su decurso por las aulas. De ello se lamentó Lanuza en 1913:

“Siendo estos la minoría aquella mayoría ha trazado (...) una línea divisoria entre el estudio práctico, directamente utilizable, y lo que, con un poco de menosprecio mal disimulado, se llama la teoría, o bien, la doctrina; estudio que aparece como de lujo, propio para el que aspire a ser profesor, o a recrearse en especulaciones filosóficas; pero nada preciso para el ejercicio de la profesión de abogado, o bien para el desempeño de cargos judiciales.

(100) DESVERNINE y GALDÓS, P., “El derecho (...)”, op. cit., p. 6.

(101) Colección Legislativa de la Isla de Cuba. Recopilación de todas las disposiciones publicadas en la Gaceta de La Habana, Año 1900, t. segundo, La Habana, Establecimiento Tipográfico Teniente Rey 23, 1899, ps. 663-665.

(102) *ibíd.*, ps. 651 y 652.

(103) DESVERNINE y GALDÓS, P., “El derecho (...)”, op. cit., p. 7

Y de tal modo hemos llegado al mal presente (...) de ser el nuestro un país en el que jueces y abogados, en su gran mayoría, estiman que no es esencial en el conocimiento del Derecho otra cosa que la letra de las leyes pensando tal vez que en esa letra está encerrado todo el Derecho” (104).

Otro elemento cuestionable, aunque mucho dependía del profesor, era la formación sobre la base casi exclusiva del positivismo filosófico, convertido en una suerte de filosofía oficial. Es importante advertir que algunas de estas debilidades se mantuvieron en sucesivas reformas al plan de estudios. Por ejemplo, en el de 1922 se mantuvo el estudio de la sociología, la filosofía moral y la antropología jurídicas (105). No obstante, se hizo algún esfuerzo por no producir simples reproductores de normas, aunque Lanuza (106) reconoció que se aprobaban las asignaturas por repetir los códigos de memoria, sino también por reforzar el papel del derecho como ciencia, lo que resulta evidente en la lección inaugural de este propio autor, de 1913, donde además de criticar las formas de enseñanza, ofreció una interesante lección del estado de la teoría del derecho (107). Pese a ello, hay que reconocer que la tendencia al normativismo caló hondo, como quedó reflejado en los temas propuestos al Primer Congreso Jurídico Nacional de 1916, centrado en la reforma del Código civil (108).

Es interesante advertir el paralelismo que, desde el punto de vista iusfilosófico, existe entre este momento histórico y lo ocurrido con posterioridad a 1959. En ambos momentos, aunque por circunstancias históricas diferentes, se introdujo un bloque filosófico que se consideró suficiente para la formación del estudiante, desdeñando, por arcaicos, al resto de los núcleos filosóficos, los que, en consecuencia, fueron suprimidos de los programas oficiales de enseñanza.

En resumen, la entrada del positivismo filosófico y jurídico, pese a algunos antecedentes a inicios del siglo XIX, se produjo a partir de la década de 1880 y se extendió hasta comienzos del siglo XX. En lo esencial supuso el progresivo abandono del iusnaturalismo, oficializado en los planes de estudio a partir de 1900, y su sustitución por una visión más moderna del derecho como ciencia, orientado hacia su inserción en un contexto social. Por

(104) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., “Necesidad de profundizar (...)”; op. cit., ps. 306 y 307.

(105) Congreso de la República, Diario de sesiones del Congreso de la República, Noveno y Décimo período congresional. Índice de todas las leyes promulgadas; sesiones en que se aprobaron; fecha de publicación en la Gaceta Oficial; sumario de los demás asuntos que se tramitaron en las ocho legislaturas que comprenden las sesiones celebradas del siete de abril de mil novecientos diecinueve, al treinta de marzo de mil novecientos veinte y tres, y leyes, fundamentales y de amnistía que corresponden a dichos períodos, t. V, 1919 a 1923, La Habana, Congreso de la República, ps. 323 y 324.

(106) GONZÁLEZ LANUZA, J. A., “Necesidad de profundizar (...)”; op. cit., ps. 305 y 307-313.

(107) *ibíd.*, ps. 314 y ss.

(108) Primer Congreso Jurídico Nacional, Lista de temas para el Primer Congreso Jurídico Nacional, aprobada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, Imprenta y papelería La Universal, 1918, ps. 42-54.

otra parte, reforzó la tendencia hacia el normativismo que se arrastraba de antaño, lo que actuó de forma negativa en su desarrollo científico.

III. EL ESTUDIO DEL POSITIVISMO IUSFILOSÓFICO EN EMILIO FERNÁNDEZ CAMUS Y ANTONIO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO

Para la década de 1920 se completó la transformación del pensamiento iusfilosófico cubano hacia el positivismo filosófico y jurídico. Fue en este contexto que se recepcionaron en la Isla las obras de Hans Kelsen y del Círculo de Viena dentro de los ámbitos dedicados al estudio del derecho.

Es importante señalar que el contexto económico, político y social de Cuba resultó particularmente propicio para este proceso, sumida la Isla en una profunda crisis económica, política y social desde finales de los años veinte y, como se pudo apreciar, con una fuerte precedencia del positivismo en el pensamiento iusfilosófico. En este sentido destaca la emergencia de nuevos factores sociales, en particular de movimientos obreros y estudiantiles, que llevaron a la constante demanda de importantes reformas sociales y políticas, las cuales incluyeron la posibilidad de transformar el texto constitucional vigente y varias de las leyes esenciales del país en un sentido social. No es extraño que los intelectuales vinculados a este proceso miraran a diferentes referentes foráneos, entre ellos los textos constitucionales y códigos más avanzados, en busca de sustento e inspiración para sus propuestas. Es cierto que este debate cobró auge con posterioridad al proceso revolucionario de 1933, pero sus primeros atisbos se encuentran en diferentes movimientos sociales de la década del veinte ⁽¹⁰⁹⁾.

En este sentido, los postulados de Kelsen resultaron muy atractivos, por diferentes razones. En primer lugar, por su método, netamente positivista y desideologizado, lo que permitió su uso a todo el espectro político a la hora de analizar lo jurídico, y lo liberaba del análisis axiológico, lo que resultaba una posición muy cómoda para cierto sector de la doctrina. En segundo lugar, la identidad Estado-derecho, aunque con toda probabilidad desde un enfoque algo diferente, al considerar al primero como un actor esencial en los cambios sociales, que utilizaría como uno de sus instrumentos para conseguirlos al derecho. Un tercer elemento a tener en cuenta es el valor de su teoría de la norma, muy sugerente en el orden formal por su excelente estructura lógica. También resultaba muy tentadora su visión del orden jurídico como un sistema cerrado y jerarquizado, en especial lo referente a

(109) Sobre esta etapa puede consultarse, entre otros, Instituto de Historia de Cuba, *La República neocolonial: formación y crisis 1899 a 1940*, La Habana, Ciencias Sociales, 2004; LÓPEZ CIVEIRA, F., MENCIA, M. y ÁLVAREZ TABÍO, P., *Historia de Cuba: Estado nacional, dependencia y Revolución*, La Habana, Pueblo y Educación, 2013.

la supremacía constitucional y el papel de los tribunales constitucionales, habida cuenta de las disímiles experiencias realizadas en Cuba y Austria en la materia ⁽¹¹⁰⁾.

Los textos que se trajeron a colación en el presente estudio fueron el resultado de dos figuras importantes de la ciencia del derecho en Cuba. En primer lugar, Emilio Fernández Camus, un distinguido romanista, cuyos textos todavía hoy se emplean como bibliografía complementaria en la enseñanza de esta materia, y que, en ocasiones, realizó incursiones en otras ramas del saber jurídico. Uno de los resultados de estas visitas fue su obra *Filosofía jurídica contemporánea*, publicada en La Habana en 1932 ⁽¹¹¹⁾. Ella tuvo el valor añadido de una Carta-Prólogo, que se debe a la pluma de Hans Kelsen, cuyo comentario en el contexto de la obra resulta esclarecedor de su filosofía en ese momento, así como de sus discrepancias con el autor del texto.

La obra, como tal, se dividió en tres partes. La primera se dedicó al análisis de la filosofía jurídica contemporánea, aunque en realidad se centró en su vertiente neokantiana y sus críticos ⁽¹¹²⁾. Es interesante advertir que este no fue el primer defensor de estas doctrinas en Cuba, ya que, en 1878, Rafael Montoro publicó un artículo sobre el tema ⁽¹¹³⁾. Sin dudas se trató de la pervivencia de una corriente de pensamiento muy apegada a las escuelas alemanas, que, por influencia española, tuvo defensores como el propio Montoro, a lo largo del siglo XIX, y que solo fue desplazada por el positivismo con el tránsito de la centuria.

La tercera parte del texto ofrece la visión que tuvo entonces Fernández Camus del fenómeno jurídico, donde se evidenciaron las peculiaridades de su pensamiento. Es importante advertir que el pensamiento filosófico de Fernández Camus y, por ende, su concepción de lo jurídico sufrió disímiles influencias que se expresaron en la adopción de un discurso de sabor ecléc-

(110) Desde 1901, Cuba tuvo un mecanismo de control constitucional inspirado en el modelo norteamericano, pero peculiar en algunos sentidos. Ver al respecto, MATILLA CORREA, A. (compilador), Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008), México DF, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, S.A. de CV, 2009, ps. 3-366; "El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Constitución cubana de 1901", en A. MATILLA CORREA y E. FERRER MCGREGOR, Escritos sobre derecho procesal constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, México-La Habana, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto mexicano de Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, Unijuris, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2012, ps. 163-253.

(111) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica contemporánea*, Prólogo de Hans Kelsen, vol. V, 1a edición, Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros, La Habana, Jesús Montero Editor, 1932.

(112) *ibíd.*

(113) Véase al respecto, MONTORO, R., "Kant, el neokantismo y los neokantianos españoles", *Revista de Cuba. Periódico mensual de Ciencias, Derecho, Literatura y Bellas Artes*, t. 4, La Habana, julio y agosto de 1878, La Propaganda Literaria, ps. 77-90 y 188-200.

tico. Desde su lógica, el derecho pertenece a las llamadas ciencias culturales, en oposición a las naturales. En este sentido comentó:

“La oposición entre ciencias naturales y ciencias culturales, es evidente. La posición del hombre frente a las ciencias naturales es más absoluta (...). La inmutabilidad y generalidad de las leyes naturales ha sido precisamente la causa de que predomine en el pensar científico el método correspondiente a estas ciencias. Se considera como la perfección suma el conocimiento científico naturalista (...). Para la ciencia de la naturaleza lo limitado y particular es indiferente, solo le interesa para comprobar la validez absoluta de sus leyes. Para las ciencias culturales, entre las cuales figura el Derecho, lo temporal y concreto constituye el medio indiscutible, y por esto, sus productos nos brindan siempre el frescor de lo sensible”⁽¹¹⁴⁾.

Sin embargo, la ciencia del derecho debe elevarse de lo temporal y lo concreto, en aras de alcanzar valores superiores que reflejen sus absolutos fundamentales. Por ello, argumentó:

“Pero lo dado en la ciencia cultural es necesario referirlo a valores, que representan lo intemporal e invariable. En el Derecho, la idea de la justicia es el punto de vista directivo que impulsa la totalidad del ordenamiento jurídico; es el fin último, la meta ansiada, aunque sea indiferente para la conceptualización de lo jurídico (...). El Derecho debe concebirse como una eterna aspiración hacia lo superhistórico y trascendente, pero partiendo siempre de lo real, por cuyas cálidas vías únicamente podemos elevarnos hasta las alturas de lo no vivido. Debemos necesariamente caminar por lo particular, por lo limitado, para avanzar y conseguir el eterno valor. El Derecho es un bien cultural históricamente dado, pero reflexivamente enjuiciado”⁽¹¹⁵⁾.

Desde esta lógica de pensamiento el derecho es esencialmente cultura, y lo que resulta necesario es mirar a lo interno, para adquirir ese saber cultural que lo distingue de otras ciencias de su mismo tipo. Esto es importante, pues condicionó una visión algo distinta de lo jurídico como fenómeno y está en la raíz de sus críticas a Stammler y Kelsen, como se verá más adelante. En este sentido comentó:

“Nuestra aspiración debe ser llegar a la cultura de lo que es esencialmente jurídico, lo cual no se consigue atisbando en el caos de la experiencia, pues aquella totalidad debe fluir, ya formada, hacia la vida, para distinguir en ella el fenómeno jurídico dentro de las otras manifestaciones que lo acompañan dentro de la inmensa red integrada por meros datos y modalidades contingentes. Por algo se ha dicho que a la noción de lo jurídico le corresponde una función trascendente en el conocimiento de los fenó-

(114) FERNÁNDEZ CAMUS, E., “Filosofía jurídica (...)”, op. cit., ps. 137 y 138.

(115) *ibíd.*, p. 138.

menos jurídicos. Más que hacia afuera, debemos mirar hacia adentro, para adquirir ese ritmo peculiar del saber cultural, que ha de ser, en relación con el Derecho, lo que lo distingue y acuñe” ⁽¹¹⁶⁾.

Este autor vio el derecho como resultado inevitable de las relaciones sociales innatas al hombre y por ende de su cultura. Desde esta perspectiva, no es un producto atemporal, sino históricamente condicionado, derivado de la realidad social, pero a la vez expresión de un deber ser. Al respecto, apuntó:

“Supuesto como esencial a la vida humana la agregación de los hombres, su existencia en comunidad, debido a lo limitado que resulta lo individual en sí, llegamos como secuela a la necesidad del orden normativo. La norma puede ser jurídica, consuetudinaria, religiosa o moral, implicando siempre una regulación de la conducta humana, y por ende una limitación objetiva de la libertad. La vida es orden, y una parte de este orden, es el Derecho, que se manifiesta al exterior por leyes jurídicas o del deber ser” ⁽¹¹⁷⁾.

Esta visión de Fernández Camus es el resultado de su pensamiento neokantiano, punto de partida de su filosofía y una conexión importante tanto con Kelsen como con Stammler. Para este romanista, “[e]l Derecho y sus normas fundamentales avanzan a través del tiempo hacia lo mejor y más perfecto, al unísono con la evolución de espíritu humano, que incesantemente marcha hacia una meta de categorías y verdades absolutas y puras” ⁽¹¹⁸⁾. En alguna medida, este planteamiento, como la base idealista de la escuela de Marburgo, lo llevó a asumir posiciones hasta cierto punto iusnaturalistas en su discurso.

Quizá dos de las notas más interesantes de su pensamiento estuvieron en su criterio que negó la posibilidad de una adecuada definición de derecho, y su visión de este con contenido profundamente social. Respecto del primero de estos tópicos, comentó:

“La consecuencia a la que se llega por todo esto, es que debe prescindirse del concepto de Derecho, en el sentido de fijar en unas cuantas líneas los caracteres universales de lo jurídico, de un modo breve y exacto. Pero si es verdad que negamos la eficacia de la definición de Derecho, mantenemos la necesidad de poseer una cultura jurídica que nos conduzca a decidir con pulcra precisión lo que es derecho, de lo que no tiene ese carácter” ⁽¹¹⁹⁾.

Con respecto al segundo de sus postulados, Fernández Camus siguió una línea marcada más por el positivismo filosófico, al admitir la necesidad

(116) *id.*, p. 134.

(117) *id.*, ps. 135 y 136.

(118) *id.*, p. 12.

(119) *id.*, p. 133.

de ver al derecho no solo como un producto de la sociedad, sino también como un instrumento para alcanzar sus fines últimos. Desde esta perspectiva hay una marcada diferencia entre sus postulados y los de Kelsen, de la que se derivaron algunas de sus críticas al profesor vienés. Al respecto, comentó:

“El Derecho, tal como se concibe por las nuevas vías por las que discurre la humanidad actual, coloca su centro y resume todas sus aspiraciones en lo social. Por eso le interesan las acciones humanas en cuanto puedan favorecer o lesionar el interés común. Es característica de esta época lo que se ha llamado socialización del Derecho, o universalidad de la prerrogativa. Por tanto, nuestros actos en tanto forman parte del derecho normativo debemos pensarlos con una fuerte dosis de cooperación y de interés social” ⁽¹²⁰⁾.

Una parte importante de la obra, sobre todo su primer capítulo, se dedicó a la valoración de las diversas corrientes del pensar jurídico. En este sentido, desde Roma, en su valoración se han destacado dos tendencias:

“Fuera del radio romano, los juristas han seguido diversos caminos para fijar el concepto de Derecho. Unos identifican la noción de Derecho con la Ley, los cuáles se muestran apegados a los códigos positivos, comportándose como meros comentadores más que como verdaderos juristas. Su labor puede calificarse de esencialmente descriptiva. Otro grupo de autores, emancipándose del culto exagerado a los textos y a la Ley, representan una tendencia más científica. Proponen una serie de definiciones de Derecho, dominando entre ellos la distinción que se expresa con los términos objetivo y subjetivo. El Derecho objetivo, es la regla jurídica en sí; el Derecho subjetivo, es el derecho referido al ser jurídico, que se traduce en una facultad o poder” ⁽¹²¹⁾.

Una parte esencial de su análisis se centró en la crítica de las escuelas histórica y positivista, en especial de esta última, por considerar que afectaron el estudio filosófico del derecho. Sus ataques fundamentales se centraron en el positivismo, corriente filosófica entonces predominante en Cuba, como se tuvo ocasión de comprobar con anterioridad. En su criterio, el positivismo resultó dañino para el desarrollo de la filosofía jurídica al empobrecer los estudios de derecho. En este sentido comentó, respecto del método:

“Durante casi la totalidad del siglo XIX el positivismo había penetrado en lo más íntimo de todos los sectores de la ciencia. La positividad se arraigó de tal manera en las esferas jurídicas que llegó a proclamarse como el único y decisivo tipo de conocimiento. Todo degeneró en puro empirismo” ⁽¹²²⁾.

(120) *Íd.*, p. 139.

(121) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica (...)*, op. cit., p. 132.

(122) *Íbid.*, p. 17.

Es interesante advertir que su crítica pareció centrada en el positivismo derivado de la escuela criminológica italiana, entonces de mucha influencia en Cuba, por los estudios de González Lanuza y sus continuadores. Sobre este particular Fernández Camus aseguró:

“Toda investigación científica se dirigió hacia manifestaciones concretas y limitadas, y por esto, los problemas centrales de la Filosofía jurídica no encontraron lugar propio en este ciclo de resultados negativos. Se desdeñaba todo conocimiento puro, descendiendo a la realidad, para descubrir en ella las normas fundamentales de la Ciencia” ⁽¹²³⁾.

En consecuencia, desde su punto de vista, “[e]l positivismo no resolvía los problemas planteados; más bien los negaba. Todo lo más que hizo fue generalizar el dato empírico, pero siempre asumiendo una actitud expectante antes las positivas interrogaciones que ofrecía el futuro (...). Se importaron al campo jurídico expresiones y términos de las ciencias naturales, lo cual se explica considerando que los positivistas toman como tipo a estas ciencias” ⁽¹²⁴⁾.

Desde su óptica, el desarrollo de la ciencia jurídica resultó lastrado a todo lo largo del siglo XIX, al dificultar el desarrollo de la investigación filosófica sobre los temas de derecho y con ello limitar su desenvolvimiento como ciencia. Sobre ello Fernández Camus comentó:

“El resultado de la corriente positivista, en la Filosofía del Derecho, no pudo ser, como hemos visto, más negativo. Los partidarios de la Escuela Histórica y los empiristas, se limitaron en sus investigaciones a posiciones jurídicas concretas, a un derecho condicionado históricamente; pero no se elevaron a lo más alto, a lo absoluto, que es lo que siempre debe regir (...). Les faltó considerar las posibilidades de un orden abstracto, capaz de unificar los distintos matices que adoptan las complejidades humanas” ⁽¹²⁵⁾.

La segunda parte de la obra se dedicó al análisis de la filosofía jurídica de Stammler, autor que resultó relativamente estudiado en Cuba a comienzos del siglo XX y cuyo estudio no corresponde al objeto del presente ensayo ⁽¹²⁶⁾. Nada más debe advertirse la preferencia de Fernández Camus, con algunas críticas y acotaciones a este sistema iusfilosófico, por Kelsen y otros tratadistas. En esta parte de la obra se advierte la preferencia de Fernández Camus, no exenta de crítica, por Kelsen y otros filósofos contemporáneos, sobre lo cual comentó:

(123) *íd.*, ps. 17 y 18.

(124) *íd.*, ps. 18 y 19.

(125) *íd.*, p. 25.

(126) Hay una obra que publicó Antonio SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO sobre el tema. Ver al respecto, SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., Stammler (...), *op. cit.*

“Los trabajos publicados por Stammler marcan, sin duda alguna, una nueva época en la restauración de los estudios filosóficos, a base de conceptos y métodos *a priori* y formales. Nos ofrece este notable pensador un sistema armónico y completo, orientado en el criticismo neokantiano. La concepción stammleriana, son sus contenidos de validez absoluta e incondicionada, ha destruido el empirismo jurídico, señalando nuevos derroteros a la ciencia jurídica pura” ⁽¹²⁷⁾.

Para Fernández Camus, tanto Stammler como Kelsen se propusieron “hacer de la Jurisprudencia, una ciencia pura, en el sentido riguroso de este término, es decir, llegar a un sistema coherente, totalmente fundados en principios inmovibles y de validez absoluta” ⁽¹²⁸⁾. En opinión de Fernández Camus, esta idea es fundamental a la hora de entender el derecho como ciencia frente a aquellos que le niegan tal carácter: “Stammler, oponiéndose a esta rotunda afirmación, significa que el carácter de Ciencia no depende precisamente de la materia elaborada, sino de la forma que la domina. Ciencia significa ordenación de nuestro mundo espiritual conforme a un plan armónico absoluto” ⁽¹²⁹⁾.

Antes de abordar el estudio de las opiniones de Fernández Camus sobre las doctrinas de Kelsen, es importante cuestionarse si el romanista cubano tenía un verdadero dominio de la obra del maestro vienés. Es primordial acotar que, por el manejo de las fuentes, Fernández Camus disponía de una amplia solvencia en la lectura del alemán, lo que, sin dudas, le permitió leerlo en su idioma original, un punto importante a su favor. No obstante, para 1932, Kelsen no había publicado su *Teoría pura del derecho*, que data de 1934, aunque ya había formulado algunos de sus postulados fundamentales con anterioridad. En este sentido, al alcance del autor cubano se encontraban su *Teoría del Estado*, así como diversos artículos científicos ⁽¹³⁰⁾. En este sentido, el conocimiento de la obra de Kelsen por el cubano se hizo extensivo a algunos de sus discípulos, en especial en el plano del derecho internacional ⁽¹³¹⁾. En realidad, la lectura del texto deja claro un dominio bastante solvente de los postulados kelsenianos por el distinguido romanista.

Con respecto a Kelsen, el análisis de Fernández Camus se centró en el segundo capítulo ⁽¹³²⁾ de su obra, aunque algunas de sus valoraciones críticas aparecieron más adelante en el texto.

En la primera parte ofreció al lector una síntesis de su pensamiento, resaltando sus influencias neokantianas, aunque, curiosamente, apenas tocó

(127) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica (...)*, op. cit., ps. 38 y 39.

(128) *ibíd.*, p. 39.

(129) *id.*

(130) *id.*, ps. 38 y 140.

(131) *id.*, ps. 44 y 45.

(132) Ver, en lo esencial, FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica (...)*, op. cit., ps. 39-45.

el tema del positivismo. Es fundamental advertir que esta influencia idealista condicionó significativamente su pensamiento y resultó un denominador común entre ambos estudiosos. El núcleo esencial de este discurso radicó en la distinción entre el ser y el deber ser, considerando al derecho como parte de esta última categoría. Desde esta lógica examinó los aspectos fundamentales de la teoría pura del derecho.

En primer lugar, examinó la teoría de la norma jurídica como núcleo esencial del sistema kelseniano:

“El Derecho para Kelsen es un producto normativo. Este eminente teórico y sus discípulos Merkl y Verdross percibieron la integridad jurídica como un todo armónico y sólidamente vinculado. Las normas viven en estrecha unión y se producen en forma derivada y progresiva. Se concibe el ordenamiento jurídico, que se identifica con el orden estatal, como una sólida construcción en la que cada una de sus partes se apoya y justifica recíprocamente, hasta llegar a un punto que necesariamente cae fuera del Derecho, y que solo puede pensarse como una mera hipótesis, a pesar de ser el sostén de la totalidad del sistema legal. Kelsen lo ha denominado Norma Fundamental o Constitución en el sentido lógico formal” ⁽¹³³⁾.

En relación con la teoría de la norma jurídica, Fernández Camus adoptó un punto de vista crítico, al considerar que ella, si bien se apoyaba en su lógica interna, presentaba importantes debilidades en el marco externo ya que se apoyaba en una norma hipotética, sin un adecuado respaldo dentro del propio sistema. Al respecto, afirmó:

“Se nota cómo es posible dentro de este sistema rigurosamente formal justificar con razones jurídicas la validez y vigencia de las normas que la integran, pero no así el sistema mismo, ya que es necesario recurrir a una simple conjetura fuera de la órbita estricta de lo jurídico. En la cima del orden jurídico se encuentran las normas constitucionales; pero el carácter jurídico de estas debe fundarse en una primera norma hipotética, convencional” ⁽¹³⁴⁾.

Otro aspecto tratado por Fernández Camus es el que se refiere a la propia norma jurídica en sí, partiendo de su identificación con el deber ser. En relación con este tema, advirtió el divorcio entre la norma y la realidad social, en el sentido de que la segunda no condiciona la validez de la primera, así como la negación del derecho natural y del subjetivo, que, tal y como lo interpreta, es solo la personificación de la norma. Con respecto al primer punto, siguiendo la lógica de Kelsen, expuso:

(133) *ibíd.*, ps. 40 y 41.

(134) *id.*, ps. 41 y 42.

“Las normas jurídicas expresan por contrario, lo que debe suceder, independientemente de su realización. El mundo normativo existe fuera de la realidad, de los acontecimientos, y vive emancipado del acontecer real. Lo que prescribe la norma puede no cumplirse, y a menudo sucede así, pero esto no ataca ni destruye su esencia, por el contrario, integra su noción” ⁽¹³⁵⁾.

Es importante advertir que, aunque Fernández Camus parece aceptar, en principio, algunas de estas ideas, al menos en su construcción lógico-formal, en realidad las sometió a una severa crítica, por considerar que ello negaba el carácter social del derecho, al darle la espalda a la realidad.

Acerca de la existencia del derecho natural, Kelsen, en opinión de Fernández Camus, la rechazó totalmente, ya que es incompatible con su sistema; y concluyó:

“Dentro del sistema de Kelsen no hay lugar para el *ius naturae*, pues como él mismo ha sostenido, más que un derecho susceptible de vigencia debe considerarse como un armónico conjunto de doctrinas. Las normas de Derecho natural y las normas de Derecho positivo no pueden coexistir; porque, o son idénticas, entonces no hay problema a dilucidar, o se contradicen manifiestamente, y en este caso solo el derecho positivo adopta la forma jurídica, y como consecuencia merece el calificativo de Derecho” ⁽¹³⁶⁾.

Una opinión similar le mereció la existencia del derecho subjetivo: “Kelsen desenvuelve su teoría alrededor de la norma, que es su punto de vista central (...). Dentro del sistema kelseniano el derecho subjetivo sobra, es un elemento innecesario que complica la visión unitaria del Derecho” ⁽¹³⁷⁾.

Hay que señalar que varios de los ataques fundamentales de Kelsen estuvieron dirigidos contra el iusnaturalismo al considerar que este fracasó en su tarea de construir el derecho como ciencia.

En el tema referido al Estado y su relación con el derecho, es evidente que Fernández Camus lo consideró uno de los puntos más polémicos de la doctrina de Kelsen. En este sentido, Fernández Camus acotó:

“Lo jurídico y lo estatal no pueden separarse, como tampoco puede concebirse la parte fuera del todo. Los actos que realiza el Estado deben acomodarse a las normas jurídicas vigentes, pues su voluntad no es la fuente del Derecho, sino, por el contrario, este debe regular sus máximas aspiraciones y su total actividad” ⁽¹³⁸⁾.

(135) *id.*, p. 40.

(136) *id.*, p. 42.

(137) *id.*

(138) *id.*

Fernández Camus lo consideró parte esencial de la doctrina de la legalidad y del Estado de derecho impulsada por el autor vienés y un elemento fundamental de su visión del orden jurídico, acerca de lo cual acotó:

“Esta famosa doctrina, sobre la absoluta compenetración entre el Estado y el Derecho, se sitúa frente a la que considera que el Estado es el supremo creador y el más firme sostén del Derecho. Las relaciones de este con aquel, según este criterio, son de subordinación y dependencia. La doctrina de Kelsen solo se concibe en el Estado de Derecho, en el que es típico la separación de poderes y la plena garantía de los derechos y libertades fundamentales. En este régimen de legalidad la noción definidora de lo jurídico es lo primero, y la actividad normada, lo posterior” ⁽¹³⁹⁾.

Como puede apreciarse, Fernández Camus dominó varios de los elementos esenciales de la doctrina de Kelsen. En primer lugar, la teoría de la norma jurídica, que constituye la base de un ordenamiento jurídico armónico y coherente. En segundo lugar, el vínculo entre Estado y derecho y, por último, extraer del análisis de lo jurídico todo lo referente a ideología. Esto último resultó ratificado por Kelsen en su Carta-Prólogo cuando afirmó: “Este es el principio fundamental de la Teoría Pura del Derecho representada por mí, doctrina del Derecho positivo libertada de toda ideología” ⁽¹⁴⁰⁾.

Un segundo aspecto importante es la crítica a la que Fernández Camus sometió algunos aspectos de la doctrina del maestro vienés. En primer lugar, centró su atención en lo que, a su juicio, resulta excesivo uso del formalismo lógico. En su opinión, ello resultó en un abandono de elementos esenciales en el estudio del derecho, para centrarse en su análisis interno. En opinión de este autor, ello llevó a una reacción desde el plano iusfilosófico:

“Ante las exageraciones del logicismo jurídico se levanta en la actualidad una protesta unánime que servirá de base a la filosofía del devenir. Los estudios de Marck y Nelson revelan la nueva tendencia, que elevan lo social al primer plano dentro de la Teoría Pura del Derecho imaginada por Kelsen” ⁽¹⁴¹⁾.

A estas ideas se añade la opinión de otro autor, Hermmman Heller, cuya doctrina consideró Fernández Camus más adecuada, y que en este aspecto es superior a la doctrina de Kelsen: “Hace resaltar el doble aspecto de la norma: el filosófico y el empírico. Combate la absoluta escisión kelseniana entre el ser y el deber ser, y, significa, que no existen nociones jurídicas desvinculadas totalmente de la Ética y la Psicología” ⁽¹⁴²⁾.

(139) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica (...)*, op. cit., p. 44.

(140) KELSEN, H., “Carta-Prólogo”, en Emilio FERNÁNDEZ CAMUS, *Filosofía jurídica (...)*, op. cit., p. 6.

(141) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica (...)*, op. cit., ps. 48 y 49.

(142) *ibíd.*, p. 49.

Más adelante, Fernández Camus volvió a abordar esta temática, comentando su propia postura y repitió sus razonamientos opuestos a sus postulados. En relación con ello comentó:

“Tampoco creemos con Kelsen y sus partidarios, que adoptan una postura exageradamente logicista, que las relaciones jurídicas consisten en la mera unión normativa de los diversos elementos que integran el precepto jurídico. Dentro de la Teoría Pura del Derecho no cabe ningún elemento sustancial, y por esto, oponiéndose a las corrientes doctrinales imperantes, consideran solo los elementos conceptuales inmanentes dentro de la posición lógica que a ellos les corresponde. El mundo que concibe y refleja el Derecho, el microcosmos jurídico, no podemos comprenderlo ni fijar su alcance recurriendo a lo que está fuera de él, a lo que es trascendente. Tampoco es una simple relación o vinculación normativa, un frío esquema que proyecta nuestra mente. Toda relación implica algo, una sustancia, y por esto el acto humano, el comportamiento del hombre debe estudiarse dentro del mismo orden normativo, pero dándole contenido, materia sustancial” ⁽¹⁴³⁾.

Hay que indicar en este tema que las opiniones de Fernández Camus resultaron algo incoherentes, pues si bien reconoció la necesidad del estudio social del derecho, postuló un tipo de análisis, que al igual que Kelsen se alejó de la realidad social que le sirvió de base, y al respecto afirmó:

“No es el acto como fenómeno real frente al Derecho, como procede estudiarlo, sino vertido, trasladado al campo del Derecho de acuerdo con sus fines específicos. La esfera de lo real debe abandonarse, para sumirnos en una reflexión profunda a través del orden jurídico, y de este modo únicamente podremos conocer su esencialidad con absoluta independencia de otros elementos que viven en la realidad pero que se mantienen por entero separados de lo que específicamente constituye el Derecho” ⁽¹⁴⁴⁾.

Como se puede apreciar, su visión de este tema, si bien incluyó el análisis de los elementos metajurídicos, terminó reclamando un alejamiento de lo real en la búsqueda de los valores puros que Fernández Camus reclamó como el fin último de la ciencia del derecho.

Por su parte, de forma muy educada, el maestro vienés le reprochó a Fernández Camus su adscripción a una corriente de tipo iusnaturalista, porque si bien no hay una mención expresa a ello en su Carta, resultó bastante evidente que lo clasificó como tal por su defensa, antes comentada, de los valores absolutos como fin último del derecho. Es importante recalcar que, en este contexto, para Kelsen el iusnaturalismo se definía como “la concepción que afirma la vigencia, sobre el Derecho positivo que tiene contenidos

(143) *íd.*, p. 140.

(144) *íd.*, ps. 140 y 141.

oscilantes, de un ordenamiento jurídico eterno, superior, absoluto, frente al cual es aquel copia más o menos exacta” ⁽¹⁴⁵⁾. Es interesante ver que en su Carta-Prólogo, el filósofo austriaco lanzó varios ataques contra esta escuela, al considerarla una doctrina eminentemente contraria a su teoría pura del derecho. De hecho, a su juicio, la escuela del derecho natural siguió viva en el positivismo del siglo XIX, señalando que “[l]a Doctrina del Derecho Natural nunca ha sido, sin embargo, totalmente superada. Un análisis preciso podría determinar huellas de esta concepción filosófica fundamental hasta en el positivismo de los siglos XIX y XX. Y los espíritus se esforzaban en ocultar estos elementos de una metafísica jurídica —en cierto sentido verdaderos cuerpos extraños en el sistema del positivismo jurídico” ⁽¹⁴⁶⁾.

Otro aspecto interesante sobre el que llamó la atención fue el renacimiento de la doctrina del derecho natural a comienzos del siglo XX. En su opinión, este proceso estuvo condicionado por las secuelas de la Gran Guerra, y por la sensación de peligro e inseguridad que produjo en la sociedad burguesa la emergencia del socialismo soviético y de la URSS, así como las reiteradas crisis del orden capitalista; no puede olvidarse que esta misiva se escribió en Alemania, en plena crisis económica y política, a menos de un año del ascenso de Hitler al poder. Con respecto a los rasgos del nuevo derecho natural, Kelsen apuntó: “La doctrina nuevamente revivida del Derecho Natural, cuyo carácter conservador es inconfundible, no puede ser interpretada de otra manera que como una ideología de que se sirve la burguesía para defender su amenazada situación en el poder frente al asalto del proletariado socialista” ⁽¹⁴⁷⁾.

Junto a la doctrina del derecho natural, el maestro vienés realizó, en el texto antes citado, una muy interesante valoración de la visión marxista del derecho, y sus conclusiones no dejan de resultar atinadas. Desde su óptica, el marxismo partió de la premisa de considerar al derecho como resultado específico de la sociedad burguesa, al servicio de los intereses explotadores. Al respecto, este comentario resulta muy ilustrativo, pues no desentonaría en ningún manual soviético de la época:

“El Derecho se considera como un producto específico del ordenamiento económico capitalista, como la forma característica de la explotación de los que no poseen por los dueños de los medios de producción; como un fenómeno históricamente condicionado, solo posible y necesario en una sociedad dividida en clases, y que desaparece con la superación de las diferencias de clases. Del mismo modo que no habrá Estado, no habrá Derecho en la sociedad sin clases futuras del comunismo realizado” ⁽¹⁴⁸⁾.

(145) KELSEN, H., “Carta-Prólogo”, op. cit., p. 4.

(146) *ibíd.*

(147) *íd.*, p. 5.

(148) KELSEN, H., “Carta-Prólogo”, op. cit., p. 5.

Al analizar más a fondo la doctrina marxista, Kelsen realizó una afirmación que resultó muy interesante, ya que al compararla con la doctrina burguesa sentenció:

“Si el Derecho, según la concepción burguesa, especialmente por medio de su glorificación del Derecho Natural, es el bien absoluto: es, según la concepción socialista, con su condenación por ser la forma de organización del capitalismo, el mal absoluto. Es claro que también tiene esta última teoría, tanto como la doctrina burguesa del Derecho natural, carácter ideológico. La teoría marxista del Derecho es una doctrina del Derecho natural con signo negativo. Si aquella tiene como finalidad la justificación, tiene esta como propósito la condenación del Derecho positivo” ⁽¹⁴⁹⁾.

Este análisis llevó a Kelsen a reafirmar sus postulados fundamentales cuando señaló: “Ambas presentan juicios de valor, no juicios de existencia. Solamente sobre estos debe dirigirse la consideración científica del Derecho, que independiente de intereses políticos y económicos, tenga la voluntad de captar su objeto con un ideal de objetividad” ⁽¹⁵⁰⁾.

Otro tema que se desprende del estudio de este documento es la visión de Kelsen sobre la influencia de los factores sociales en el derecho. En buena medida es esta una de las críticas tradicionales a su obra, y el propio Fernández Camus es un buen ejemplo de ello. No obstante, la lectura de la Carta da, por el contrario, una visión muy distinta; de hecho, desde su mismo comienzo hay una refutación de esta idea cuando advirtió a comienzos del siglo XX:

“Pero el mundo cultural europeo-americano está dominado precisamente en estos momentos por una contradicción, que es de la más honda trascendencia, no solo para la modelación del Derecho positivo, sino para las concepciones sobre la esencia, y valor del Derecho. Es la contradicción entre un ordenamiento social capitalista, fundado sobre la propiedad privada de los medios de producción y un ordenamiento socialista” ⁽¹⁵¹⁾.

Esta frase de Kelsen, junto con otra ya comentada acerca del papel del derecho natural como ideología, resulta de particular interés, pues desmiente a un sector de la crítica que atacó sus postulados de separar derecho y política. Así, para González Monzón, “[e]n este sentido la Teoría Pura del Derecho exhibe una expresa tendencia anti-ideológica. Mantiene esa orientación en cuanto en su exposición del derecho positivo, mantiene a este libre de toda mezcla con un derecho ideal o justo. Por esta razón es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo. Como ciencia,

(149) *ibíd.*, ps. 5 y 6.

(150) *íd.*, p. 6.

(151) *íd.*, p. 3.

no se considera obligada sino a pensar conceptualmente al derecho según su propia esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Sobre todo, rehúsa ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de la ideología mediante la cual se legitime o se descalifique el orden social existente”⁽¹⁵²⁾.

A partir de la lectura de estas líneas resulta evidente que el maestro austriaco no solo tuvo en cuenta la influencia de los cambios sociales en el mundo del derecho, sino que además procuró estar al tanto de esas transformaciones. Quizá lo más importante, eligió no tenerlos en cuenta en su doctrina de forma deliberada, no porque no fueran relevantes, sino porque enturbiaban su objetividad y su método a la hora de analizar lo jurídico como ciencia.

En resumen, Fernández Camus en su obra, si bien compartió algunas de las ideas del maestro austriaco, en especial en lo referente al método y a su concepción lógica formal, así como a su teoría de la norma jurídica, se inclinó por una postura ecléctica, más vinculada con Stammler. En este sentido, sus señalamientos a Kelsen se centraron en la carencia de valores y axiología en su doctrina, que en su opinión era insostenible al ser el derecho un producto social.

El caso de Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro es algo diferente al de Fernández Camus. Este autor se dedicó esencialmente a los estudios de Filosofía del Derecho, asignatura de la que fue profesor durante largos años. Otra diferencia importante es que Sánchez de Bustamante fue discípulo directo de Kelsen, con quien trabajó durante varios años en Europa durante el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial. Con respecto a esta experiencia vital y su impacto en su formación comentó:

“Tuvimos el honor de escucharlo y de trabajar con él personalmente en Europa, antes de la segunda guerra, y en la Universidad de la Habana, hemos expuesto durante varios cursos su doctrina, ensayando una exposición de la Teoría General del Derecho a través del pensamiento de Kelsen, y contra las conclusiones discutibles de la ciencia jurídica tradicional”⁽¹⁵³⁾.

En síntesis, mientras Fernández Camus tiende a un cierto eclecticismo de corte stammleriano, Sánchez de Bustamante, por su parte, es un kelseniano convencido, aunque no acrítico. Esta realidad condicionó los textos que se estudiaron para la presente investigación.

Un tercer factor a tener en cuenta es el relativo a los contextos epocales, pues mientras Fernández Camus escribió a comienzos de la década de 1930, Sánchez de Bustamante lo hizo durante la segunda mitad de los años cua-

(152) GONZÁLEZ MONZÓN, A., *Naturalismo (...)*, op. cit., p. 192.

(153) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones (...)”, op. cit., p. 9.

renta. Para entonces ya Kelsen había publicado su obra cumbre *La teoría pura del derecho* y su *Teoría del derecho y del Estado*, ambas, con toda seguridad leídas por su discípulo antillano. En consecuencia, este último, por su íntimo contacto con el maestro vienés, y por su lectura de sus trabajos más recientes tuvo una visión más completa y abarcadora de su pensamiento. En alguna medida, este aspecto pudo resultar algo nocivo porque en ocasiones abandonó toda pretensión de valoración crítica y se decantó a un nivel hiperbólico:

“Kelsen es sin duda, el forjador actual más grande y más feliz de la Ciencia del Derecho como disciplina autónoma, estricta y cultural; pero su mensaje más bello reside en provocar, bañando en luz blanca el Derecho positivo, revelado en toda su ‘injuria’, una nueva sed de Justicia” ⁽¹⁵⁴⁾.

Con respecto a los textos, ambos presentan diferencias fundamentales en cuanto a forma y contenido, con el de Fernández Camus y entre sí. En primer lugar, ambos son artículos de corte científico divulgativo, siendo mucho más técnico y enjundioso el publicado en la *Revista Cubana de Derecho*. De hecho, hay algunas ideas de este que pasaron casi intactas al de 1949. En consecuencia, mientras que el trabajo de Fernández Camus buscó ofrecer, desde su perspectiva y conocimientos, un análisis de la filosofía del derecho a comienzos de los años treinta, las dos obras de Sánchez de Bustamante se centraron en puntos más o menos concretos del pensamiento kelseniano. Por tanto, por su brevedad y contenido, resulta muy difícil apreciar en su plenitud el pensamiento iusfilosófico de su autor, algo que no ocurre con la obra del distinguido romanista.

En este punto radicó una diferencia fundamental entre ambos, porque mientras el publicado en la *Revista Cubana de Derecho* se dirigió a un público esencialmente vinculado al mundo del saber jurídico, y por ende presunto conocedor del tema, el incluido en los *Cuadernos de la Universidad del Aire* estuvo orientado hacia un auditorio más general, donde la figura de Kelsen no debía resultar muy conocida. Por fuerza, ello condicionó su profundidad científica y el uso del lenguaje y las categorías propias del ámbito académico. Sin embargo, mientras que el texto de 1945 abordó de manera clara los fundamentos filosóficos y jurídicos de la doctrina kelseniana, en la conferencia de 1949 se negó a tratar estos temas, lo que resulta muy interesante, teniendo en cuenta el carácter orientador de la charla, dirigida a un público profano:

“La primera impresión que reciben ustedes, al escuchar cómo nos adentramos en la carne misma de la Teoría Pura del Derecho sin recordar, siquiera con la mera alusión de una cita, las bases filosóficas tan debatidas

(154) *ibíd.*, p. 12.

en que se cimenta, será sin duda, de que no sentimos inquietud o necesidad espiritual de fundamentaciones”⁽¹⁵⁵⁾.

El publicado en la *Revista Cubana de Derecho* resultó, sin dudas, el de mayor valía científica de los dos, ya que en él se abordaron modificaciones y rectificaciones de los postulados originales de Kelsen, en el sentido de revisar algunos de sus postulados neokantianos en aras de fortalecer su teoría pura del derecho.

Por su parte, el trabajo de 1949, bajo el engañoso título de “Las nuevas orientaciones del Derecho”, es realmente una apología del maestro vienés y una crítica al iusnaturalismo y a algunos aspectos concretos de la obra kelseniana, aunque contiene varias ideas atractivas que vale la pena destacar, si bien en muchos aspectos reprodujo sus postulados de 1945. Es por ello que resulta adecuado realizar un análisis conjunto de ambos textos, en aras de valorar el conocimiento de Kelsen y su obra en el contexto cubano.

Hay que advertir que, en ambos textos, no se oculta la admiración de Sánchez de Bustamante y Montoro por la obra de su mentor, más allá de todas las críticas que recibió en su momento desde diferentes autores. En su opinión, “[e]s, a pesar de la viva polémica provocada por ella, la más estable, ya que se afirma y cristaliza en el consenso de los juristas cuanto más se la combate; y, además, porque de todas las infinitas teorías sobre la esencia del Derecho que han surgido recientemente, presenta intrínsecamente los mayores aciertos y contenidos de verdad”⁽¹⁵⁶⁾.

Antes de analizar los postulados iusfilosóficos de Kelsen, desde la perspectiva de Sánchez de Bustamante resulta interesante reseñar una idea referente a su visión de la relación entre filosofía y filosofía del derecho, que puede ser objeto de polémica, incluso al día de hoy. Respecto de este tema, acotó:

“La Filosofía General, cambia con cada época, porque le refleja el sentido de la vida y tiene como función servirle al tiempo de conciencia, haciéndole darse cuenta del obscuro sentimiento primario de la vida y del mundo. Sus orientaciones se reflejan en diversas experiencias sociales, especialmente en las jurídicas y en las disciplinas culturales que sobre su material viviente levanta el jurista. Sin embargo, ese reflejo de la Filosofía General sobre el Derecho, tarda aproximadamente una generación en producir su influencia. Así pues, al hablar de nuevas orientaciones del Derecho, tenemos que hablar de viejas orientaciones de Filosofía. Nos vemos obligados a hablar de positivismo neocrítico en materia de Derecho; de realismo sociológico ingenuo; de materialismo ya secular: como es evidente, ninguna de

(155) *Íd.*, p. 9.

(156) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, *op. cit.*, p. 107.

estas orientaciones tiene ya la menor vigencia filosófica: constituyen la última palabra en Derecho y ya han dejado de ser palabra de la época filosófica y mucho menos verbo en la vida del espíritu”⁽¹⁵⁷⁾.

En primer lugar, hay que indicar que Sánchez de Bustamante partió de la lógica de reconocer las bases neokantianas y positivistas del pensamiento de su maestro, sobre lo cual comentó: “Hans Kelsen fundó en Viena, en la primera post-guerra, en torno a su cátedra universitaria la famosa Escuela del mismo nombre, inspirándose a la vez que, en el positivismo, en el neokantismo marburgiano”⁽¹⁵⁸⁾. Al referirse al tema del positivismo kelseniano, acotó: “La obra de Kelsen es la más alta realización del Positivismo jurídico, concebido en su más límpida pureza y llevado hasta sus más absurdas consecuencias”⁽¹⁵⁹⁾.

En su estudio en la *Revista Cubana de Derecho*, Sánchez de Bustamante realizó un análisis de los nuevos postulados filosóficos de Kelsen y de su impacto en sus teorías jurídicas, cuya divulgación resultó ser el centro de su análisis:

“Ese aditamento es el neokelsenismo según proponemos denominarlo; es una renovación de la Escuela de Viena operada por su propio Maestro y fundador que retorna a ella para modificarla, y que le aporta nuevos enfoques y doctrinas del más alto interés y valor, tanto para la Filosofía del Derecho, como para la Ciencia Jurídica propiamente dicha”⁽¹⁶⁰⁾.

Es evidente que Sánchez de Bustamante sintió una verdadera vocación en divulgar las ideas de su mentor en Cuba. Es por ello que propuso el estudio de las modificaciones de sus bases filosóficas y metodológicas y su impacto en el mundo jurídico. Al respecto, advirtió una desviación de la concepción neokantiana original que, a su juicio, resultó muy sugestiva. En este sentido, comentó:

“La distinción dualista entre el mundo del Ser y el mundo del Deber Ser sirve de base inicial a la Escuela de Viena: sobre esas dos columnas se sostiene, originalmente, la cúpula de su templo conceptual Neokantiano, en el más rancio espíritu Marburgiano y en íntimo contacto con el pensamiento de Stammler. El mundo del Ser, incognoscible en su esencia dentro de la pura tradición kantiana (la cosa en sí se reputa en ella como inaprehensible) está regido por una legalidad formal, la categoría racional de la causalidad, postulada inicialmente como principio indiscutible de las relaciones entre los hechos naturales. Y es, precisamente, ese principio de causalidad lo pri-

(157) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones (...)”, op. cit., ps. 7 y 8.

(158) *ibíd.*, p. 8.

(159) *íd.*, p. 9.

(160) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., p. 109.

mero que Kelsen abandona ahora, no espontáneamente, sino doblegándose a la presión que ejerce sobre su intelecto la nueva Física Cuantista, especialmente en la concepción de Schrödinger. Para el maestro de Viena ya no existe pues, una legalidad natural según la cual, de modo fatal y necesario, se vinculen los hechos naturales de tal manera que todo efecto presuponga ineluctablemente una causa, sino que 'la Ley de Causalidad (...) solo puede tener un sentido de probabilidad habrá de ser en este nuevo sentido, mientras que hasta ahora constituía realmente una norma dirigida al pensamiento'. Técnicamente, la nueva concepción kelseniana del Principio de Causalidad, equivale a un abandono de la tradición kantiana, que sirvió de base original a la Escuela de Viena. Tanto la naturaleza, como el mundo de las normas, aparecen regidas, en esta nueva concepción, por una sola legalidad, cuya formulación coincide con el Principio de Imputación (*Zurechnungsprinzip*) que sirvió de fundamento a su teoría del mundo del Deber Ser" ⁽¹⁶¹⁾.

Para Sánchez de Bustamante, este cambio fue el resultado del ambiente cultural norteamericano y de la influencia de los postulados de la física cuántica en sus doctrinas, que lo llevaron a modificar algunos de sus postulados filosóficos:

"La Física Cuantista y la Antropología Cultural han influido decisivamente, como se ve, en la concepción kelseniana del mundo del Ser sugiriéndole la sustitución del Principio de Causalidad por el de Retribución. El mundo del Ser, en su legalidad, ya no es esencialmente distinto del mundo del Deber Ser, sino un sector ontológico que, aunque distinto por la esencia, se asemeja a él hasta llegar a confundirse casi, en las leyes que lo rigen" ⁽¹⁶²⁾.

No obstante, para el discípulo antillano, luego de valorar el significado de estas transformaciones llegó a la conclusión de que en realidad "[s]ostenemos que es cuestión de palabras, porque la conclusión a que se llega después de meditar estos tecnicismos filosóficos, es que la nueva concepción monista de la legalidad de ambos reinos ontológicos, el del Ser y el del Deber Ser, en nada modifican la concepción de este último, que es el mundo de lo normativo, y menos aún tampoco se derivan de ella las conexiones entre dichos sectores objetivos que harían ver el Derecho como una forma de vida, en el sentido del realismo sociológico. El Derecho continúa, no obstante, enfocado como una forma sin vida, y la Ciencia Jurídica como una lógica estrictamente formal. No hay, pues, abandono alguno del formalismo neokantiano inicial de la Escuela de Viena. Continúa siendo una Lógica Jurídica formal, como la ha interpretado con sumo acierto el profesor Carlos Cossio; pero sin embargo no se puede negar que queda reforzada en su pureza metódica, que

(161) *ibíd.*, ps. 110-112.

(162) *id.*, ps. 111-112.

aspira (aunque no siempre lo logra) a liberarla de todo lo metajurídico, y especialmente, de lo político y de lo valorativo” ⁽¹⁶³⁾.

Con respecto a su visión de la Teoría Pura del Derecho, el propio Sánchez de Bustamante la resumió en los seis aspectos fundamentales, que, a su criterio, reunían sus postulados básicos y que se reseñaron al comienzo de este estudio ⁽¹⁶⁴⁾.

El análisis de la teoría de la norma jurídica del cambio de sus postulados iusfilosóficos ocupó una parte importante de los estudios realizados por Sánchez de Bustamante y Montoro. En este aspecto el filósofo cubano mantuvo una visión clara de los postulados de su maestro. De hecho, suscribió la opinión de Enmanuel, quien afirmó:

“La coherencia notable de las ideas kelsenianas hasta lo que llevamos expuesto (la teoría de la norma jurídica) es difícilmente discutible. Estimamos que en ellas reside el gran mérito de la obra de Kelsen, que, con una precisión jamás alcanzada hasta ahora, señala la total disparidad entre el Derecho y las Ciencias naturales. El valor de sus explicaciones se acentúa por un estilo de una claridad perfecta y de un método expositivo impecable. Ninguna mentalidad serena puede sustraerse a la grandeza de esa construcción, que, a nuestro parecer, es difícilmente criticable, y que, aun si debemos rechazar las consecuencias a que llega Kelsen, constituye una base que ninguna Filosofía jurídica futura podrá desconocer” ⁽¹⁶⁵⁾.

En opinión de Sánchez de Bustamante la revisión de los postulados neokantianos que sirvieron de base filosófica del pensar kelseniano sirvieron, más que otra cosa, para reforzar sus postulados metodológicos en cuanto a la necesidad de excluir todo lo metajurídico. En este sentido Sánchez de Bustamante argumentó:

“Ya no le basta a Kelsen, en efecto, con excluir del enfoque científico todo aquello que no fuere estrictamente normativo; lo jurídico positivo, lo propiamente normativo, le resulta impuro también. Las instituciones, el sistema de un Derecho vigente se hace también relativo, ideológico: solo conserva pureza y objetividad y permite cimentar sobre ella las generaciones científicas, la regularidad deshumanizada y fría, formada por el principio de Imputación y sus aplicaciones. Ello implica que solo se libera del estigma ideológico y deviene puro el contenido sin contenido de la Lógica Jurídica formal” ⁽¹⁶⁶⁾.

(163) *id.*, p. 112.

(164) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, *op. cit.*, ps. 109 y 110.

(165) EMANUEL, *op. cit.* pos SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones (...)”, *op. cit.*, p. 9.

(166) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, *op. cit.*, ps. 114 y 115.

Para Sánchez de Bustamante resultó imprescindible el estudio de estas modificaciones metodológicas del pensamiento kelseniano, por su valor desde el punto de vista de su separación entre derecho e ideología. En este sentido, el reforzar este distanciamiento era importante como base para crear una ciencia pura del derecho. Por ello es importante señalar que esta pureza metodológica se hizo extensiva a la axiología, sobre la que comentó: “La pureza metódica de la Escuela de Viena también se mantiene enérgicamente frente al problema de la justicia, que se postula como metajurídico y, en tal sentido, excluido de su enfoque” ⁽¹⁶⁷⁾. Es cierto que Sánchez de Bustamante conocía que este es uno de los puntos más conflictivos del ideario de su maestro. Pese a ello, el resultado científico estaba más allá de la crítica. Al respecto reconoció que el método y sus implicaciones no estuvieron exentos de polémica:

“Prescindiendo de las variadas implicaciones del famoso método jurídico puro postulado por Kelsen, en que excluye del enfoque científico todos los contenidos meta jurídicos, es decir, que trasciendan de los materiales estrictamente normativos y positivos, debemos concretar este aspecto: su liberación metódica frente a lo político, cuyas relaciones con el Derecho se rechazan, y cuya influencia indirecta sobre las concepciones doctrinales se aspira a neutralizar” ⁽¹⁶⁸⁾.

Sánchez de Bustamante no desconoció las críticas que sufrió el sistema propugnado por su mentor vienés por este tema y procuró salir al paso de algunas de ellas. Tres autores le merecieron aquí un análisis especial. En primer lugar, Legaz Lacambra, de quien incluyó una extensa cita en su artículo de 1945. Este autor centró sus ataques en la superación de la filosofía neokantiana y, en consecuencia, del pensamiento kelseniano, que calificó de puro prusianismo. Sobre este particular, comentó: “La quiebra del neokantismo marburguiano, principal base de sustentación de la teoría jurídica de Kelsen, significa algo más profundo que el mero pasarse de moda un sistema jurídico cualquiera. Casi podría decirse que es la quiebra de una forma de cultura, de una forma de vida y de una forma de estado: significa el derrumbamiento de una serie de supuestos fundamentales sobre los que se habían desarrollado la cultura, la vida y las instituciones del europeo anterior a 1914. El hombre como pura *res cogitans* que se enfrenta con las realidades de su vida con el mismo criterio de ‘objetividad’ naturalista con que enfoca los fenómenos de la naturaleza, pero tratando de evadirse de este naturalismo mediante una falsa e inadecuada espiritualización y desvitalización de esas realidades, es una actitud primaria sin la cual no se comprende el fenómeno de la ciencia jurídica formalista basada en la filosofía neokantiana. Filosofía hostil al mundo y a la vida; sin valores, sin matices,

(167) *ibíd.*, p. 117.

(168) *id.*, p. 114.

sin afectos, sin ideales, sin vitalidad; puro prusianismo que siempre ve el caos a su alrededor y trata de imponer desde fuera, a las cosas, un orden que no se reconoce en ellas; y, sin embargo, filosofía esclava de ese mundo que repugna, porque no reconoce más realidad que la suya y todo lo que es ‘trascendente’ lo disuelve en categorías de lo ‘trascendental’. Producto epigonal de esa cultura es la teoría pura del Derecho, fenómeno típico de la situación de crisis espiritual que caracteriza el período europeo que simboliza la fecha de 1918”⁽¹⁶⁹⁾.

La crítica se vinculó, como puede apreciarse, tanto al fundamento filosófico como a la falta de contenidos deontológicos y axiológicos en la propuesta del maestro austriaco. Sánchez de Bustamante le reconoció cierto mérito a esta objeción, al admitir que el derecho no es solo la norma positiva o una técnica de control social, resulta contraria a la esencia del derecho como fenómeno social.

Un segundo autor reseñado es Kirchmann, quien planteó una visión muy escéptica de las tesis kelsenianas:

“Los juristas a través de la ley positiva se han convertido en gusanos que solo viven de la madera carcomida. Y así ocurre que en tanto que la ciencia toma como objeto suyo lo fortuito, ella misma se convierte en puro azar; tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una bibliografía entera en basura”⁽¹⁷⁰⁾.

Se puede apreciar que este otro autor ataca el contenido mismo de la ciencia jurídica, al considerar que su objeto de estudio es mudable a capricho del legislador y, por ende, de muy poco valor para construir un sistema científico. Aquí, en alguna medida se vuelve a encontrar implícita la crítica a la falta de contenido deontológico y axiológico de la teoría kelseniana. De algún modo ambos autores se cuestionaron el valor de una ciencia jurídica profundamente deshumanizada, y a su juicio, por ende, imperfecta. A estas objeciones respondió Sánchez de Bustamante en sus conclusiones de su artículo de 1945:

“De todo este ensayo por caracterizar el sentido y alcance del Neokelsenismo, para una Ciencia del Derecho que logre realizar las aspiraciones intelectuales de nuestro tiempo se desgaja una conclusión culturalista. No creemos que haya otra vía de escape frente al planteamiento escéptico de Kirchmann, ya citado, que la lógica jurídica formal que alcanza en la Escuela de Viena su formulación más perfecta y duradera; pero ello deja insatisfecha la sed de contenidos de una época caracterizada como la nuestra,

(169) LEGAZ LACAMBRA, L., op. cit. pos SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., ps. 115 y 116.

(170) KIRCHMANN, op. cit. pos SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., p. 116.

por el primado de los valores vitales en nuestra escala axiológica y por los temas materiales en la problemática de la Ciencia Jurídica. Ello significa que el pensamiento jurídico, ya sea sobre bases fenomenológicas, ya sobre bases sociológicas, se siente ineluctablemente arrastrado a un nuevo enfoque de contenidos materiales, de las normas como regulación concreta de la vida social, y que, si siente la necesidad valorativa, lo axiológico no brota nunca de lo racional como aspiraba Stammler, sino de lo humano, de los juicios de valor que necesariamente tiene que hacerse el hombre frente a los fines de la convivencia. Y esos juicios de valor deberán siempre supraordinarse al Derecho positivo, si no queremos convertirlo en la consagración de la arbitrariedad” (171).

En pocas palabras, debe seguir aplicándose la lógica formal de Kelsen, aunque a ello debe incorporarse el estudio axiológico, que debe servir como marco ordenador del derecho positivo. En esencia, no hay aquí un gran distanciamiento entre maestro y discípulo, ya que Kelsen, como se pudo apreciar antes, reconoció el vínculo derecho-sociedad como fundamental, solo que desdeñó su análisis en aras de otros aspectos. De hecho, para Sánchez de Bustamante este era un debate, en alguna medida desactualizado. Su opinión sobre esta temática la expuso en su artículo de 1945, y la mantuvo, sin variaciones, en el texto de 1949:

“En la Filosofía del Derecho resulta ya inactual el debate en torno a la legitimidad de los temas deontológicos: su restauración es una de las más altas conquistas de nuestro tiempo, y ese honor cabe, esencialmente, a Stammler y a los grandes pensadores idealistas que, especialmente en Francia, proclamaron la eternidad del ‘irreductible’ Derecho Natural y la necesidad ineludible, como ha dicho Le Fur, de entregarse a la valoración” (172).

Para Sánchez de Bustamante este criterio extremo debía rectificarse para una comprensión más cabal de lo jurídico, lo que constituyó uno de sus puntos de distanciamiento con respecto a las tesis de su maestro, que, como ya se pudo apreciar, resulta necesario relativizar en este aspecto. El profesor habanero consideró importante tener en cuenta el papel de la deontología y la axiología en el mundo del derecho, en aras de su correcta interpretación, aunque dando especial validez a los criterios lógicos formales a la hora de dar coherencia y unidad interna al sistema. Es por ello que cuando en 1949 propuso su propio concepto de derecho, asumió una postura ecléctica, mezclando elementos kelsenianos con otras visiones del mundo jurídico:

“En resumen, podemos decir que el Derecho viviente es el conjunto de normas que definen la conducta solidaria de los hombres cuando esta con-

(171) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., p. 120.

(172) Ver al respecto SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., p. 118, y “Las nuevas orientaciones (...)”, op. cit., p. 10.

ducta afecta los bienes mínimos, las condiciones vitales de la comunidad; y que, aunque no define la sanción correspondiente a la conducta contraria a la solidaridad (conducta antisocial) siempre se produce (del mismo modo que en las restantes normas sociales) una reacción colectiva contra el sujeto de esa conducta antisocial” (173).

Como puede apreciarse, el derecho, desde su óptica siguió siendo, en esencia, la norma jurídica, aunque su función es definir la conducta solidaria de los hombres, lo que supuso un criterio de valor. Ello lleva a otros juicios de la misma naturaleza y obliga a introducir un contenido deontológico y axiológico al derecho. De ahí la necesidad de incluir el aspecto social del derecho, más allá del análisis lógico formal normativo. Este es un punto donde Sánchez de Bustamante y Fernández Camus coinciden y supone una separación entre el pensamiento del primero y de su maestro vienés.

Un tercer criterio que tuvo en cuenta fue el de Carlos Cossio, entonces, año 1945, discípulo de Kelsen. Con respecto al iusfilósofo argentino, Sánchez de Bustamante procuró no entrar en un debate, al contrario, consideró que “Carlos Cossio en la América Latina representa, en esta evolución, la cúspide innegable con su ‘Teoría Ecológica del Derecho’, en que no solamente se llega a la más interesante interpretación de la propia Escuela de Viena, como Lógica Jurídica formal, sino que la supera en la misma orientación fenomenológica citada, de una manera sumamente rica en enfoques nuevos y fructíferos” (174).

Sin embargo, resulta significativo que no haya mención del erudito argentino ni de su teoría ecológica del derecho en la conferencia pronunciada en 1949. Ello resulta muy interesante porque, aunque la charla parece ser anterior al debate entre Kelsen y Cossio en la Universidad bonaerense, ya que su publicación es de mayo de ese año, quizás ya existieran ciertas expectativas de confrontación. En este punto, solo puede especularse, pero resulta muy significativo que un autor como el cubano, usualmente muy bien informado de estos temas y que se expresó de manera entusiasta sobre la doctrina de Cossio, de pronto omita toda alusión a ella, en un texto dedicado, precisamente, a hablar de las tendencias contemporáneas del derecho.

Otro punto de ataque contra la doctrina kelseniana, que Sánchez de Bustamante no trató de refutar, y muy vinculado con el anterior, fue el relativo al apoliticismo, que permitió poner sus bases metodológicas y conceptuales al servicio de cualquier ideología. En este tema, acotó:

“Autores hay que han sostenido la policiticidad, la impureza política de la Escuela de Viena; su contenido ideológico latente. Y es que, en efec-

(173) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones (...)”, op. cit., p. 11.

(174) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., ps. 108 y 109.

to, si la Ciencia Jurídica Tradicional peca por haberse puesto al servicio de una ideología capitalista, ante una afirmación semejante, ¿no se siente uno llevado a pensar que también la Escuela de Viena peca al aceptar que el Derecho pueda encarnar, realizar, cualquier sistema económico y social? Considerado el Derecho como una simple técnica social, sin el control de las valoraciones, cualquier ideología puede transformarse en ordenamiento jurídico” (175).

Esta crítica, muy conectada con la anterior, referente al tema de los valores, es una de las constantes de los detractores de Kelsen, por sus consecuencias para el derecho. A ellas no tuvo Sánchez de Bustamante, al menos en estos escritos, una respuesta que resulte satisfactoria, salvo la propia aceptación, *a priori*, de los postulados de su maestro.

Otro punto importante es la oposición de la doctrina del maestro austriaco a la escuela del derecho natural. En este tema el filósofo habanero reprodujo las ideas generales de Kelsen sobre este tópico. Quizá su principal acusación sea precisamente el carácter ideológico del iusnaturalismo y sus construcciones metafísicas. Sobre ello, comentó:

“[Y] es en verdad, una formidable acusación contra la Ciencia Jurídica Tradicional por haber partido (como no podía dejar de hacerlo), de igual supuesto; pero por haberse desviado maliciosamente de esa exigencia metódica, no para coordinar o supraordinar el Derecho natural al Derecho positivo (como postula la auténtica Deontología) sino para introducir, ‘bajo la superficie de sus conceptos’, ingredientes jusnaturalistas cuya finalidad era justificar la ideología capitalista. Derecho natural, doblegado al innoble servicio de lo injusto, es lo que Kelsen denuncia con viril energía: ningún jurista puede negar que la conciencia moral así lo exige” (176).

Es importante advertir que, en este punto, Sánchez de Bustamante se apoyó en ideas muy similares a las que expuso Kelsen en su Carta-Prólogo de 1932 respecto del iusnaturalismo como justificación del orden social capitalista. Reafirmando esta idea, el autor cubano argumentó: “[S]e trata, y es necesario subrayarlo, de destacar científicamente lo que sea el Derecho positivo sin la ganga de un falso jusnaturalismo conservador que impedía indagar, en toda su dura realidad, su complejo de normas” (177). Es evidente su intención de resaltar el postulado científico de la teoría pura del derecho, desdeñando, desde el punto de vista metodológico, todo lo que trasciende de la norma jurídica. Desde esta lógica, el gran mérito del kelsenismo era: “Al llegar a este punto se revela bruscamente una de las facetas más suges-

(175) *ibíd.*, p. 119.

(176) SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones (...)”; *op. cit.*, ps. 9 y 10.

(177) *ibíd.*, p. 10.

tivas de la Escuela de Viena; su puro positivismo jurídico deja ver, por vez primera, al Derecho positivo en su nuda realidad, sin el bello y engañoso ropaje de la tradicional e imposible justificación jusnaturalista”⁽¹⁷⁸⁾.

Para el discípulo cubano, esta oposición entre derecho natural y derecho positivo llevó implícita una paradoja, basada en el renacimiento del primero a expensas del segundo. En buena medida, una idea similar fue empleada por Kelsen en su “Carta-Prólogo” de 1932, antes mencionada, solo que para él el iusnaturalismo nunca había muerto, y elementos propios de él se encontraban en el pensamiento jurídico del siglo XX. Respecto de esta peculiar situación, Sánchez de Bustamante comentó:

“Pues bien: aquí está, precisamente, la sugestiva paradoja a que conduce la Escuela de Viena. La más tajante separación entre el Derecho Natural y el Derecho positivo que ha logrado el pensamiento jurídico lleva, inexorablemente, a una restauración del Derecho natural”⁽¹⁷⁹⁾.

Es interesante advertir que este retorno al iusnaturalismo no le pareció consecuencia del fracaso de su propia escuela a la hora de explicar el fenómeno jurídico. De hecho, su tratamiento del tema, tanto en 1945 como 1949, resultó un poco vacío de argumentos efectivos y contundentes al respecto. En primer lugar, se apoyó en un postulado de base filosófica a partir del cual argumentó:

“Ya Moor, en un estudio luminoso, hizo una observación semejante; pero contemplando una faceta de la Escuela de Viena que hemos excluido deliberadamente de nuestro enfoque: se refería a su faceta filosófica. Desde este punto de vista resulta evidente que el formalismo logista conduce derechamente (como puede admirarse, por ejemplo, en el sistema de Del Vecchio) a una concepción del Derecho como atributo cardinal de la conciencia; y ello equivale, en el fondo, a hacer convergentes lo ontológico y lo deontológico”⁽¹⁸⁰⁾.

Para Sánchez de Bustamante, este renacimiento estuvo condicionado más por factores sociales y psicológicos que por postulados filosóficos. En su opinión, fue el resultado de una huida del positivismo, como secuela implícita de su negativa a incorporar al estudio de la ciencia jurídica, todo lo que no fuera derecho en su estado puro. Sobre esa base comentó:

“Nuestra afirmación es distinta: nos referimos a la Ciencia del Derecho, que es el punto de vista en que estamos colocados: desde él se contempla, bañado en una indiscreta luz blanca que lastima la retina, pero que impregna de realismo la verdad áspera, dura, del Derecho positivo; de un Derecho

(178) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, op. cit., p. 117.

(179) *ibíd.*, p. 118.

(180) *id.*, p. 108.

positivo a cuyo estudio exclusivo toda una Escuela filosófico-jurídica hubo de consagrarse en el siglo XIX, por horror al Derecho natural y esa luz blanca indiscreta provoca en el espectador sereno, como estupenda paradoja, un horror al Derecho positivo” ⁽¹⁸¹⁾.

Esta formulación tan lírica de Sánchez de Bustamante, que repitió en su charla de 1949 ⁽¹⁸²⁾, resulta muy bucólica e imaginativa, pero en realidad aportó poca luz frente a este renacimiento del derecho natural y sus implicaciones para la teoría pura del derecho. Parece que sobre este tema quiso, más que otra cosa, dejar sentadas las bases para un posterior debate.

Un último punto a tratar es la visión de Sánchez de Bustamante acerca del derecho soviético, punto donde coincidió, en lo fundamental, con lo expuesto por Kelsen en su “Carta-Prólogo” de 1932. Es importante señalar que, al igual que su maestro, el autor cubano tuvo un dominio bastante adecuado de los postulados marxistas al uso en las décadas centrales del siglo XX. Su definición de esta corriente no desentonaría tampoco en un manual de la época, si bien resulta más pesimista, quizás influida por recientes trabajos de Kelsen sobre el tema. Desde esta óptica, afirmó:

“Por último hemos de referirnos al materialismo histórico, que tiene en la Rusia Soviética y en sus esferas universales de infiltración y de influencia tanta resonancia. Su doctrina jurídica enfoca al Derecho como fenómeno clasista, engendro burgués provocado por la propiedad privada de los medios de producción, sancionado y elaborado por un Estado puesto culpablemente al servicio de las clases dominantes, y en que se supedita, so capa de un falso derecho natural justificativo del positivo, al proletariado, al trabajador asalariado. La sociedad sin clases del futuro utópico (todavía sin vislumbrar) hará desaparecer, conjuntamente con el Estado, la molesta disciplina del Derecho, quedando solamente en una sociedad de hombres libres dos problemas por resolver, la producción de las cosas y su distribución, según el trabajo o las necesidades de cada cual” ⁽¹⁸³⁾.

De la lectura del fragmento anterior resulta bien visible el escepticismo de Sánchez de Bustamante respecto de la futura desaparición del derecho. Por otra parte, al igual que su maestro, no realizó un análisis a profundidad de sus postulados básicos, más allá de lo filosófico, sin entrar en un estudio del derecho soviético o del entonces naciente campo socialista.

En resumen, Sánchez de Bustamante fue un kelseniano convencido y activo en la difusión de las ideas de su mentor, aunque procuró mantenerse al tanto de los postulados de otras corrientes iusfilosóficas. En consecuen-

(181) *id.*, ps. 118 y 119.

(182) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “Las nuevas orientaciones (...)”, *op. cit.*, p. 11.

(183) *ibíd.*, ps. 12 y 13.

cia, si bien se mantuvo leal a los postulados fundamentales de Kelsen, realizó un análisis crítico de ellos, que le permitió incorporar perspectivas sociológicas y deontológicas a sus estudios.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES (NECESARIAMENTE PARCIALES)

Como se planteó en la introducción de este ensayo, sus conclusiones están marcadas por el signo de la provisionalidad. Resulta muy difícil analizar el pensamiento jurídico de dos figuras como Fernández Camus y Sánchez de Bustamante y Montoro a partir de tres de sus obras. Por igual, resulta una tarea titánica definir el estado del arte del pensamiento iusfilosófico en Cuba a partir de solo dos de sus tratadistas. En consecuencia, este ensayo, más que arribar a resultados definitivos, se propuso incentivar el diálogo y el debate en torno a este tema.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, se proponen unas conclusiones que, de forma inevitable, estarán sujetas a ulteriores revisiones, refutaciones o modificaciones por parte de otros autores.

En primer lugar, salvo algunos antecedentes aislados, no puede hablarse de una irrupción del discurso positivista en Cuba, en sus dos vertientes, filosófico y jurídico, hasta la década de los ochenta del siglo XIX, donde su entrada formó parte de un proceso de significativos cambios culturales, que buscaron reafirmar una identidad nacional propia frente al orden colonial imperante.

En segundo lugar, la recepción del positivismo jurídico estuvo marcada por dos aspectos importantes. En primer lugar, por sus estrechos vínculos con la Escuela penal italiana, cuyo método se consideró el modelo a seguir en las investigaciones sobre el derecho, así como por una preocupación por los contenidos filosóficos y ético- morales a la hora de analizar sus fenómenos.

En tercer lugar, hay que advertir que este proceso de recepción fue el resultado de la obra de diversos autores y que se produjo por diversas vías, donde se destacan las figuras, en el plano filosófico de Enrique José Varona, y en el jurídico, de José Antonio González Lanuza, figuras de amplio prestigio intelectual, que contribuyeron con su prédica a darle respetabilidad científica y facilitaron su aceptación por académicos y estudiantes.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta su impacto en la enseñanza del derecho, pues, sobre bases positivistas, se instrumentaron las únicas asignaturas de formación filosófica que recibían los estudiantes de derecho, desde la reforma de los planes de estudio a comienzos del siglo XX. En con-

secuencia, ello facilitó que se convirtiera en el discurso iusfilosófico dominante en el pensamiento cubano.

En quinto lugar, como consecuencia de lo antes expuesto, puede afirmarse que a comienzos del siglo XX se produjo en Cuba una renovación del pensar jurídico, que se caracterizó por el desplazamiento o abandono de los postulados iusnaturalistas, los cuales fueron reemplazados por el iuspositivismo, lo que facilitó la recepción en el solar antillano de la doctrina de Hans Kelsen.

En sexto lugar, el análisis de las obras de Emilio Fernández Camus y Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro resultó revelador del amplio dominio de la obra de Kelsen por ambos autores, partiendo del conocimiento y consulta directa de las fuentes en su idioma original, hasta intercambios personales y epistolares con el maestro vienés, lo que les permitió realizar un análisis en profundidad de sus contenidos y arribar a conclusiones críticas sobre ellos.

En séptimo lugar, las diferencias entre ambos autores estuvieron marcadas por diferentes concepciones iusfilosóficas, estando Fernández Camus más afiliado a los ideales neokantianos y a la obra de Stammler, mientras que Sánchez de Bustamante y Montoro resultó más partidario de Kelsen y de su vertiente positivista. Ello condicionó diferencias a la hora de enfocar los análisis y las problemáticas derivadas del estudio de la compleja obra del maestro vienés.

En octavo lugar debe advertirse que este diferente enfoque filosófico llevó a la existencia de algunas convergencias y divergencias importantes entre ambos autores, que resultan destacables por ofrecer una visión del estado de la cuestión en el contexto cubano.

En noveno lugar deben destacarse como puntos comunes el reconocimiento de la base neokantiana del sistema kelseniano, el valor del método lógico formal para el análisis de lo jurídico, el papel central de la norma como base del sistema, la identidad entre Estado y derecho, y en la separación entre derecho y política, así como la crítica a la falta de contenidos axiológicos y deontológicos y al derecho natural.

En décimo lugar, debe advertirse, entre los puntos de divergencia, el énfasis de Fernández Camus en los postulados neokantianos, mientras critica abiertamente el positivismo y muestra preferencia por el sistema de Stammler sobre el de Kelsen; mientras que Sánchez de Bustamante se mantuvo leal a sus postulados filosóficos, y aunque aceptó algunas de las ideas de Stammler, defendió los elementos esenciales del discurso kelseniano.

En decimoprimer lugar, hay que resaltar que, si bien ambos coincidieron en la crítica a la falta de un estudio de los elementos metajurídicos,

su enfoque de estudio resultó algo diferente, pues para Fernández Camus esto debía incluir los valores inmutables del derecho, partiendo de análisis deontológicos y axiológicos; mientras que para Sánchez de Bustamante y Montoro estos debían servir para ayudar a clarificar el ordenamiento jurídico en su contexto social.

En decimosegundo lugar, y partiendo de lo anterior, debe advertirse que Fernández Camus, pese a sus críticas, tiende, en última instancia, al iusnaturalismo, al defender la existencia de valores inmutables, a los que se podía arribar por el estudio del derecho positivo, mientras que Sánchez de Bustamante, en este tema, asumió una posición más positivista, sin excluir la necesidad de su estudio, pero no como fin en sí mismo.

Por último, en decimotercer lugar, debe advertirse que la obra de ambos autores contribuyó a difundir entre los juristas cubanos las ideas de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y con ello, a reforzar el fundamento positivista de la ciencia jurídica cubana de la primera mitad del siglo XX.

APROXIMACIÓN A LAS IMPLICACIONES IUSFILOSÓFICAS DEL DEBATE KELSEN-COSSIO

Por Alejandro González Monzón (*)

“La Filosofía jurídica contemporánea gira alrededor de la obra de dos profesores: Hans Kelsen, creador de la Teoría Pura y Carlos Cossio, creador de la Teoría Ecológica. Kelsen llevó la Lógica al Derecho, construyendo la norma en la Lógica del deber ser. Cossio ha descubierto el objeto del Derecho, utilizando la norma como forma intelectual para el conocimiento de la conducta. Si Kelsen atrajo la atención iusfilosófica de un cuarto de siglo, sobre Cossio recae la atención actual, porque con su Teoría ha sentado las bases en las que podrán apoyarse las investigaciones futuras”.

Alfonso Ibáñez de Aldecoa, *El derecho como conducta*, 1949

I. PRELIMINARES

En la mañana del martes 2 de agosto de 1949 comenzó una visita de Kelsen a la Argentina que, como ha señalado Atienza, provocó una fuerte polémica en la cual se enfrentaron, por una parte, partidarios de una interpretación ortodoxa de la teoría pura, y por otra, la interpretación ecológica ⁽¹⁾. La estancia de Kelsen en la Argentina fue verdaderamente intensa, pues además de las conferencias programadas, los compromisos surgidos una vez comenzada su agenda académica, las discusiones personales con Cossio y sus seguidores y los reconocimientos que le fueran dispensados, no estuvieron ausentes en su desarrollo las tensiones políticas, las que ciertamente fueron sorteadas con maestría por el iusfilósofo austriaco. Como relata el profesor Sarlo en su excelente trabajo sobre el tema, es sabido que algunos juristas extranjeros viajaron especialmente a Buenos Aires para presenciar la anunciada contienda entre la teoría pura y la ecología, mientras que otros

(*) Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) ATIENZA, M., *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984, ps. 32-33.

se hallaban casualmente allí; y aunque lamentablemente no existan noticias ciertas de los asistentes, es posible que fueran numerosos ⁽²⁾.

Para no expresar una preferencia *a priori* por ninguna de las fuentes de acogida, relatan Gassner y Olechowski, Kelsen transitó el tramo argentino de su gira sudamericana con la invitación de tres distintas instituciones: la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el Colegio de Abogados de Buenos Aires y el Instituto de Filosofía Jurídica y Social, fundado y dirigido por Carlos Cossio ⁽³⁾. En la primera de las instituciones, Kelsen impartió en francés una tetralogía de conferencias bajo el rubro de *Problèmes choisis de la Théorie Pure du Droit*. En el Instituto de Filosofía Jurídica y Social leyó el lunes 8 de agosto una conferencia titulada *La doctrine du Droit Naturel devant le tribunal de la Science*. Como cierre de los compromisos oficiales, el viernes 19 de agosto Kelsen se dirigió a los miembros del Colegio de Abogados de Buenos Aires con una conferencia titulada *Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law*. Además, Kelsen aceptó las peticiones de visitas de tres instituciones académicas de la región: la Facultad de Derecho de Montevideo, la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata y la Fundación Getulio Vargas en Río de Janeiro, en las que dictó trabajos de reciente edición; y, ante el reclamo de los kelsenianos antiperonistas, pronunció el día 22 de agosto, en el Salón de Actos del diario opositor La Prensa, una conferencia titulada *The Atlantic Pact and the UN Charter* ⁽⁴⁾.

Probablemente, con su gira sudamericana, en la que la Argentina fue el destino más intenso, Kelsen quiso tratar de unificar las distintas corrientes opuestas y conducir las por el sendero originario de su teoría pura. No obstante, en sentido general, su periplo sureño desencadenó una serie de eventos desafortunados debidos, en buena medida, a la intensidad con que fue asumida su presencia en Buenos Aires, a las pugnas internas entre las escuelas iusfilosóficas argentinas del momento, a las presiones por extraerle una adhesión a la teoría egológica y, finalmente, a los disgustos que le provocó la publicación en español de sus conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires con acompañamiento del nombre de Cossio, sin la incorporación de las versiones originales en francés y con la inclusión de fragmentos reconstruidos de conversaciones privadas, los cuales dieron paso a conclusiones circunstanciales, que en ocasión de sus respuestas negó de forma enérgica y categórica. En su biografía de Kelsen, Métaill refiere el hecho comentando que

(2) Cfr. SARLO, O., "La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El 'frente sur' de la teoría pura", *Ambiente Jurídico*, nro. 12, 2010, p. 409.

(3) GASSNER, M., y OLECHOWSKI, T., "Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho. Kelsen versus Cossio", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de La Plata*, 2014, p. 301.

(4) Cfr. SARLO, O., "La gira sudamericana (...)", *op. cit.*, p. 412.

después de los cursos dictados en Buenos Aires, en 1949, “el profesor Carlos Cossio había considerado correcto publicar en un solo volumen y bajo el título Kelsen-Cossio, no solo las conferencias de Kelsen, sino también sus opiniones, dedicadas a la por él llamada ‘Teoría egológica’ e incluso, conversaciones privadas con Kelsen, todo ello sin su autorización. Kelsen hubo de tomar medidas enérgicas ante el editor para que se retirara la edición no autorizada por él, viéndose además envuelto por Cossio en una polémica que duró hasta 1953” ⁽⁵⁾.

Entre estas conclusiones de circunstancias, la más relevante, por incidir directamente en la definición de los propósitos de la gira de Kelsen y en los resultados del debate, es la plasmada por Cossio en su “Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina”, según la cual, Kelsen “en un arranque sin par de curiosidad científica y de simpatía (...), ha venido a dialogar con la teoría egológica y solo a eso (...). Kelsen ha coqueteado en grande, allanándose a la egología en la conversación privada muchísimo más que en sus disertaciones académicas” ⁽⁶⁾. La reacción de Kelsen ante esta afirmación fue en extremo concisa y ha brindado una pauta de interpretación importante para comprender los acontecimientos posteriores a 1949: “Esto no es verdad. Yo he ido a la Argentina aceptando una invitación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, no a mantener ‘diálogo’ alguno, sino a hablar de unos cuantos problemas seleccionados de la teoría pura del Derecho; es decir, a dar lecciones no a seguir discusiones. ‘Problèmes choisis de la théorie pure du Droit’ es el título aceptado por la Facultad de Derecho de la Universidad de las lecciones dadas en lengua francesa. Es natural que estuviera dispuesto a tomar posición respecto de la teoría egológica; y es también cierto que lo he hecho en mis lecciones. Pero el profesor Cossio afirma que yo ‘me he allanado a la egología en la conversación privada muchísimo más que en las disertaciones académicas’. Esta afirmación la rechazo enérgicamente” ⁽⁷⁾.

A pesar de estas declaraciones, y de que ciertamente Cossio exageró al afirmar que su visita a la Argentina tuvo como único objetivo el diálogo polémico con la teoría egológica, no puede pasarse por alto que Kelsen dedicó un espacio importante de sus lecciones a dejar en claro su posición en la polémica, no solamente en sus conferencias en la Universidad de Buenos Aires, pues también se ocupó del asunto en sus intervenciones en la Universidad de La Plata y en Río de Janeiro. En una conocida carta a Kunz, Kelsen dio cuenta de esta realidad: “en mis conferencias he puesto de relieve de un

(5) MÉTALL, R. A., Hans Kelsen. Vida y obra, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1976, p. 94.

(6) KELSEN-COSSIO, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura, Buenos Aires, Kraft, Limitada, 1952, p. 86.

(7) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica (Respuesta a Carlos Cossio. Teoría egológica y Teoría pura del Derecho. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, Revista de Estudios Políticos, nro. 71, Madrid, Instituto de Estudios Políticos septiembre-octubre 1953, p. 3.

modo absolutamente inequívoco las diferencias básicas entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica. En consecuencia, de muchas discusiones con Cossio y sus más íntimos amigos, tengo la impresión de que la teoría egológica es esencialmente un ensayo de una interpretación fenomenológica del derecho. Pero se entremezclan también series de ideas existencialistas y aún sociológicas. Al mismo tiempo se hace el ensayo infructuoso e imposible de coordinar todo esto con los principios de una teoría normativa del derecho. Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas”⁽⁸⁾.

Si bien el acontecimiento fue ampliamente reseñado en su tiempo⁽⁹⁾, especialmente en los países del espacio iberoamericano⁽¹⁰⁾, las referencias actuales a su dimensión y sus consecuencias resultan verdaderamente escasas, esto a pesar de la innegable trascendencia iusfilosófica que supuso. A grandes rasgos, dicha trascendencia iusfilosófica puede ser comprendida desde una doble representación, a saber: una teórica, concerniente a los aportes que para la polémica antinormativista significaron los sólidos ataques egológicos al formalismo jurídico kelseniano⁽¹¹⁾ y al rigor que este cobró *a posteriori* de los ajustes realizados por Kelsen como consecuencia de las interpelaciones de Cossio; y otra histórica, configurable en la relevancia del pensamiento polémico de Cossio en la determinación de una iusfilosofía latinoamericana que pueda exhibir rasgos de originalidad.

El profesor Julio Raffo, discípulo directo de Cossio, ha participado de esta última interpretación, según la cual, la teoría egológica es motivo de

(8) KUNZ, J. L., *La Filosofía del Derecho latinoamericana en el siglo XX*, Buenos Aires, Losada, Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, 1951, p. 226.

(9) Vid., entre otros, LEGAZ y LACAMBRA, L., “Kelsen-Cossio (Reseña del libro Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura. Editorial Guillermo Kraft, Limitada, Buenos Aires, 1952; 161 ps.)”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLIV, año XII, nro. 64, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, ps. 171-172; REALE, M., “Kelsen-Cossio (Reseña del libro Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura. Editorial Guillermo Kraft, Limitada, Buenos Aires, 1952; 161 ps.)”, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. II, fasc. 3, São Paulo, julio-septiembre de 1952, ps. 609-612; GOLDSCHMIDT, W., “Cossio contra Kelsen (Apostillas a Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura. Editorial Guillermo Kraft, Limitada, Buenos Aires, 1952; 161 ps.)”, en “Conducta y norma”, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Editor, 1955, ps. 19-53; y LUÑO PEÑA, E., “Teoría pura y teoría egológica del Derecho (La polémica Kelsen-Cossio)”, *Espíritu*, nro. 13, 1955, ps. 7-10.

(10) Cfr. SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., ps. 401-403.

(11) En ocasión de un análisis panorámico del pensamiento jurídico latinoamericano del siglo XX, el profesor Pérez Luño acotó: “[A] promediar el pasado siglo alcanzaron cierta difusión en Latinoamérica diversas versiones de la teoría institucional del derecho, que suponían una alternativa al formalismo jurídico. Entre las recepciones de esa concepción merece ser destacada la debida al iusfilósofo chileno Jorge Hübner Gallo. Por esa misma época adquirió incuestionable resonancia dentro y fuera del ámbito Iberoamericano, la teoría egológica del derecho formulada por el argentino Carlos Cossio, quien, como es sabido, considera la conducta humana como el auténtico objeto de conocimiento jurídico y el dato nuclear para la construcción de la ontología jurídica”. PÉREZ LUÑO, A.-E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Madrid, Tébar, 2007, ps. 109-110.

legítimo orgullo para el pensamiento latinoamericano, “porque con ella nos insertamos en el mundo académico internacional siendo portadores de un pensamiento original que supera los obstáculos y las limitaciones de las antinomias en que se debaten las diversas formas del idealismo y del realismo jurídico. Ella constituye también una filosofía latinoamericana auténtica generada a partir de la reflexión filosófica sobre la ciencia jurídica” (12). Anteriormente, específicamente en el año 1948, el español José Lois Esteves había destacado que la teoría egológica del derecho, “hace algunos años iniciada por Cossio en la Argentina, cuenta hoy ya con un excelente plantel de seguidores. Cossio ha logrado, pues, la constitución de una gran escuela jurídica hispana. El fenómeno no es corriente para nosotros. Es preciso reconocer que, con posterioridad al Siglo de Oro, no se ha producido hasta este instante. Ello solo da idea de la fuerza de sugestión que la nueva teoría lleva consigo, pues ha sabido aunar los individualismos dispersos, que son una de nuestras más expresivas características raciales. Cabalmente por esto, la teoría egológica significará en la cultura jurídica hispana un verdadero acontecimiento” (13).

Ambas perspectivas guiaron la intención de Cossio, para quien, como dijera Kunz, la actitud polémica fue cosa de principio (14), pues en el intenso trabajo que realizó en pos de fomentar el debate con el jefe de la escuela de Viena, se vislumbra no solo la intención de completar el logicismo jurídico formal kelseniano, sino también es ostensible su inclinación por generar una doctrina jurídica autóctona, con vocación para ser oponible al condicionamiento cultural europeo y norteamericano. Enfatizando en estas dos perspectivas, el profesor Legaz y Lacambra resaltó que en la teoría egológica “hay un valor positivo. No es solo la revalorización de la Filosofía del Derecho llevada a cabo en los medios jurídicos argentinos y el hecho, inédito en países hispanoamericanos, de haber creado un Escuela que comienza a despertar interés más allá de sus fronteras (...); es, ante todo que se trata de una meditación auténticamente filosófica sobre el problema de la Ciencia del Derecho. Problema que no es el único de la Filosofía jurídica, pero que en todo caso constituye un problema esencial” (15).

En efecto, las pretensiones de Cossio excedían la querrela teórica. Para el autor argentino, la perseguida adhesión de Kelsen a la egología suponía, además de lo que esto puede significar en términos teóricos, una especie de reivindicación del pensamiento jurídico argentino frente al sistema iusfi-

(12) RAFFO, J., “Carlos Cossio, el iusfilósofo de los nuevos horizontes”, *La Ley*, Buenos Aires, 1984-A, p. 743.

(13) LOIS ESTEVES, J., “Reseña de Cossio, C., ‘La coordinación de las normas jurídicas, con especial referencia al problema de la causa en el Derecho’, Buenos Aires, 1947”, *Anuario de Derecho Civil*, nro. 2, Madrid, Ministerio de Justicia, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, ps. 1467-1468.

(14) KUNZ, J. L., *La Filosofía (...)*, op. cit., p. 210.

(15) LEGAZ y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1953, p. 134.

losófico más completo y extendido de la primera mitad del siglo XX. Cossio soñaba, como ha referido el profesor Sarlo, con una teoría del derecho inspirada en sentimientos fuertemente nacionalistas ⁽¹⁶⁾. Es entendible entonces que para Cossio su avizoramiento con Kelsen significara nada menos que un “drama espiritual argentino de alcance internacional, el que, en su maduración ambigua, es, hoy por hoy, una expectativa americana e hispánica, cuya dilucidación acaso se produzca con la próxima visita de Kelsen a nuestro país, anunciada para mediados del año venidero” ⁽¹⁷⁾. También dan cuenta de este sentimiento nacionalista cossiano las palabras de cierre del “Balance...”, en las que se lee lo siguiente: “hay en la Teoría Pura un problema de la Teoría Ecológica, y hay toda una juventud con el corazón inflamado por la egología que ha de decidir por sí misma su destino y no al dictado de los mentores de ocasión. Hay también un eco solidario con ella que ya resuena en Occidente en ambos lados de su mar océano. En todo esto solo cuenta la obra científica que va quedando escrita cuando sus tesis reciben confirmación de la experiencia, por mucho que sople en contra el viento de las argucias intencionadas. Cuántos son los que así trabajan, pocos o muchos, bien se sabe en la Argentina; y mientras eso suceda la historia de la visita de Kelsen no ha terminado” ⁽¹⁸⁾. Estos pareceres de Cossio justifican un juicio como el de Atienza, según el cual, “todos o muchos de los que conocieron a Cossio piensan probablemente que tenía una personalidad excesiva”; lo que, sin embargo, no puede ser óbice para sostener “que nadie puede negar que sin él no podría explicarse el extraordinario florecimiento de la filosofía del Derecho argentina en la segunda mitad del siglo XX” ⁽¹⁹⁾.

Esta teleología cossiana estuvo precedida de un importante trabajo de recepción y difusión de los más notables autores y esquemas filosóficos y jurídico-filosóficos de su época. Refiriéndose a la labor de promoción iusfilosófica llevada a cabo por Cossio, Dante Cracogna señaló que este trajo al terreno de la reflexión iusfilosófica las más trascendentes novedades que se habían producido en la filosofía general y las puso en contacto con los problemas peculiares de aquella, produciendo, de esa suerte, desarrollos originales que florecieron en un renovado y promisorio panorama. Así, según el precitado autor, Cossio, al tiempo que proyectaba sobre la filosofía jurídica los más recientes y ponderables avances producidos en el campo de la filosofía general, incorporaba en forma simultánea la corriente del pensamiento iusfilosófico más descollante del siglo y que por entonces aún no había

(16) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., p. 420.

(17) COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen a la teoría ecológica del derecho?”, *La Ley*, t. 52, Buenos Aires, 1948, p. 1075.

(18) KELSEN-COSSIO, *Problemas (...)*, op. cit., ps. 157-158.

(19) ATIENZA, M., “Una nueva visita a la filosofía del derecho argentina”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, nro. 14, 2009, Facultad de Derecho de la UBA, p. 13.

sido recibida por el pensamiento en boga. De esa manera puso a la reflexión jusfilosófica local a tono con la corriente más relevante de su tiempo ⁽²⁰⁾.

Cabe destacar que fue precisamente Cossio el que introdujo el estudio del pensamiento de Kelsen en la Argentina, y posiblemente en América Latina, “convirtiendo a Buenos Aires en la meca indiscutida del kelsenismo iberoamericano, ante el oscurantismo teórico en que había sumido el franquismo a España, que hasta entonces lideraba la difusión de Kelsen en español” ⁽²¹⁾. Cossio, en carta a Juan Ramón Capella, dio testimonio de que en sus actividades docentes en la Universidad de La Plata comenzó por cambiar el programa, introduciendo por primera vez en la Argentina, para el curso de Filosofía del derecho, el estudio de Kelsen ⁽²²⁾. Como acotó Herrendorf, “hasta el ingreso académico de Carlos Cossio en las universidades de La Plata y Buenos Aires, la filosofía del derecho era una repetición mecánica del Tratado de Filosofía del Derecho de Stammler, a veces, condimentado con algunos tópicos de Del Vecchio” ⁽²³⁾. En la misma órbita, Ciuro Caldani dejó en claro que, en la Argentina, “la influencia kelseniana ingresó principalmente a través de la teoría egológica de Carlos Cossio. Luego adquirió desarrollo propio, en mucho a través del espacio abierto por Ambrosio L. Gioja (1912-1971), exdiscípulo de Cossio muy vinculado al presidente de facto Pedro Eugenio Aramburu (1903-1970) que sucedió al maestro Cossio cuando este fue destituido de la cátedra de la Universidad de Buenos Aires” ⁽²⁴⁾. Esta tarea de reformulación tuvo un episodio singular con la publicación, en 1941, de la primera traducción completa de la Teoría pura del derecho, a cargo del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, precedida por un prólogo de Cossio que, aunque dejaba establecida la visión egológica de la teoría kelseniana como mera lógica jurídica formal, fue aprobado por Kelsen en carta fechada el 5 de abril de 1940, en la que comunicó a su par argentino lo siguiente: “Sin reservas doy mi consentimiento para la publicación del prefacio cuyo texto usted se ha servido remitirme. Lo encuentro excelente y le agradezco mucho este servicio. No tengo nada que agregarle” ⁽²⁵⁾.

En el propio año 1941, Cossio publicó un artículo en el diario *La Nación* del día 12 de octubre, con motivo del sexagésimo aniversario de Kelsen. En dicho artículo, Cossio también adelantó el esbozo de la teoría pura como exclusiva lógica jurídica formal y no como ciencia del derecho en sentido estricto. Para el profesor de Buenos Aires, esta lógica formal peculiar del

(20) CRACOGNA, D., “El legado de Carlos Cossio”, *Isonomía*, nro. 12, 2020, p. 199.

(21) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., ps. 406-407.

(22) COSSIO, C., “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 25, 2002, p. 727.

(23) HERRENDORF, D. E., “Introducción a la fenomenología egológica”, en C. COSSIO, *Radio-grafía de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 79.

(24) CIURO CALDANI, M. A., *Lecciones de historia de la filosofía del derecho (III-I y III-II)*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 2003, p. 143.

(25) COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen (...)”, op. cit., p. 1075.

deber ser que constituye la teoría pura posibilita el conocimiento jurídico, de la misma forma que la lógica del ser posibilita el conocimiento de las ciencias naturales. En uno de los pasajes de ese emotivo artículo, en el que se define a Kelsen como el jurista de la época contemporánea, se lee: “Kelsen es el descubridor de la lógica jurídica; de una lógica que no tiene contactos con la lógica tradicional y que, sin embargo, ha pasado inadvertida ante el estrépito formidable de la lógica aristotélica (...). Kelsen descubre que el jurista no está ni nunca ha estado neutral frente a su dato. Y más todavía, que con la lógica del ser no puede estar neutral porque su dato, que es conducta humana, es de por sí un deber ser (...). Kelsen ha llevado el problema de la normatividad, en forma perfecta y completa, al dominio de la Lógica. Kelsen ha dado al jurista el instrumento de su pensar lógico desde que le revela que la norma es instrumento lógico del pensar jurídico. Con esto se colocan a cubierto los fundamentos de una ciencia positiva del Derecho, rigurosa y auténtica” ⁽²⁶⁾.

Al igual que ocurrió con el ya citado prólogo de Cossio a la Teoría pura del derecho, Kelsen expresó su beneplácito ante la interpretación egológica relativa a la identificación de su pensamiento con una lógica jurídica formal que, para llegar a constituir una verdadera ciencia del derecho, debía ser completado y puesto en perspectiva con el resto de las dimensiones del fenómeno jurídico. Kelsen refirió en esa ocasión: “me ha emocionado profundamente que usted haya recordado mi 60º aniversario. Me siento orgulloso de que usted, uno de los más eminentes representantes de la cultura latino-americana, estime de tan alta manera mi modesta contribución a la teoría del derecho. El artículo sobre mí que ha tenido la bondad de publicar es excelente. Su interpretación de la teoría pura del derecho es correcta en todo sentido. Mi concordancia es completa con su opinión sobre la equivocada interpretación de mi obra científica efectuada por Carl Schmidt y Hermann Heller. Ambos no son nada más que ideólogos, el primero del nacionalsocialismo y el otro del Partido Social-Demócrata alemán. Ninguno está habilitado para comprender una teoría pura que trata de liberarse de toda influencia política. Sin embargo, ellos también le imputan tendencias políticas a la teoría pura del derecho, a la cual interpretan como una ideología del liberalismo y pacifismo. Nada es más incorrecto que esto: nada más necesario, como usted acertadamente lo dice, que protestar contra esta errónea interpretación. Le voy a quedar muy agradecido si usted toma bondadosamente esta tarea. Para ello nadie está mejor calificado que usted. Y el artículo que publicó *La Nación* es un excelente comienzo” ⁽²⁷⁾.

(26) COSSIO, C., “Hans Kelsen: el jurista de la época contemporánea”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, tomo XII, 2a parte, La Plata, 1941, ps. 537, 539 y 542.

(27) Carta de Hans Kelsen a Carlos Cossio, fechada el 19 de octubre de 1941, publicada en el diario *La Nación* el 29 de noviembre del propio año.

Ahora bien, un análisis objetivo de lo acontecido arroja que de parte de Kelsen y de Cossio operaron distintas expectativas en lo tocante al enfrentamiento entre la teoría pura y la teoría egológica. Kelsen, como se puede constatar en los pasajes reproducidos *supra*, prestó más atención a los elogios académicos y a los grandes esfuerzos realizados por Cossio para divulgar su obra en la Argentina, que a las críticas que constantemente este colocaba en el análisis de los argumentos fundamentales de la teoría pura. Se puede decir que fue en todo momento tolerante ante las desavenencias cossianas. Para Kelsen el avance de la egología significó una amenaza para la primacía de su pensamiento en la teoría jurídica suramericana. No obstante, no utilizó como método el ataque frontal, sino el de reforzamiento directo de sus postulados a través de su presencia en la Argentina, es decir, en el epicentro de la teoría egológica. Por su parte, Cossio persiguió, siempre en posición ofensiva, la redención egológica de Kelsen como posibilidad de reivindicar el pensamiento jurídico latinoamericano, lo que provocó que, por momentos, los baremos normales de las discusiones teóricas se vieran enrarecidos. Esta divergencia de ánimos con que fue entablado el debate es la causa fundamental de los términos personales en los que concluyó. Sin embargo, estos términos personales no desdican, ni por asomo, la vital importancia que este debate tiene en el tracto de las ideas iusfilosóficas occidentales.

II. BREVÍSIMAS REFERENCIAS A LOS ANTECEDENTES DEL DEBATE DE 1949

En Cuba es desconocido el hecho de que uno de los teóricos del derecho más prominentes de su historia, el profesor habanero Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro (1910-1984), formó parte de los preparativos epistémicos del debate acontecido en Buenos Aires durante la visita concretada por Kelsen en 1949. Al parecer, Bustamante y Montoro, de conjunto con el profesor colombiano Luis E. Nieto Arteta, fue uno de los enlaces cardinales en el proceso previo de comprensión de los axiomas fundamentales de la teoría egológica por parte de Kelsen. También ha sido ignorado por la doctrina iusfilosófica cubana lo relativo a que en el diálogo entablado entre Kelsen y su discípulo cubano, en torno a la pertinencia teórica de la egología, en el que intervino además el filósofo del derecho español Luis Recaséns Siches, se fomentó la tesis, posteriormente asumida por Cossio como una concesión de la teoría pura, sobre la identidad de las lógicas formal y trascendental en la lógica jurídica.

La reconocida inclinación kelseniana de Bustamante y Montoro ⁽²⁸⁾, quien había sido discípulo directo de Kelsen, dominaba perfectamente el alemán y, según el testimonio de Cañizares Abeledo, era el único profesor que en la Universidad de La Habana prerrevolucionaria enseñaba el normativismo positivista de Kelsen ⁽²⁹⁾ y, por ende, las teorías que le resultaban alternativas, sumada a su comprensión exhaustiva de los pormenores de la teoría egológica, hizo de él un intérprete idóneo para, en diálogo dual, fomentar la comprensión mutua de las impresiones cruzadas de los protagonistas del debate respecto de sus teorías. Incluso, esta intervención de Bustamante y Montoro ha propiciado una interesante conjetura que, hasta el momento, no ha tenido un apoyo testimonial o documental factible, esta es, la afirmación de que el primer contacto personal de Kelsen y Cossio aconteció en La Habana, en oportunidad de encontrarse el primero invitado por el gobierno de la isla, y en virtud de las gestiones de la Fundación Rockefeller para participar en la Segunda Conferencia Americana de Comités Nacionales de Cooperación Intelectual, celebrada entre los días 15 y 22 de noviembre de 1941.

Los profesores Gassner y Olechowski explican que la impresión de la posibilidad del encuentro se deriva de una pregunta realizada a Kelsen por la Fundación Rockefeller una vez que finalizó la mentada conferencia, acerca de si en Cuba se había encontrado con Carlos Cossio y si disponía de datos de contacto sobre él. Como refieren estos autores, la correspondencia de Kelsen sobre la ocasión transmite datos del contacto con Cossio, lo que hace pensar en que ciertamente existió un breve encuentro en Cuba entre ambos pensadores. Con independencia de este dato, en ninguno de sus trabajos “Cossio menciona que se hubiera encontrado personalmente con Kelsen, sino que siempre se refiere a la correspondencia mantenida entre ellos. En atención al detalle con el cual Cossio escribe acerca de su correspondencia con Kelsen, es muy contradictorio pensar que si en 1941 efectivamente hubiese habido un encuentro entre Cossio y Kelsen y Cossio no hiciera referencia al mismo” ⁽³⁰⁾. A favor de la negación de esta reunión en La Habana, hay que sumar la inexistencia de referencias a ella en la prensa o en los testimonios académicos de la época. De haber acontecido, no pueden caber dudas de que su organización y moderación hubiese estado a cargo del profesor Bustamante y Montoro, esto por su condición de interlocutor entre la teoría pura y la teoría egológica. No obstante, ni Bustamante y Montoro ni sus discípulos directos, que dedicaron espacios en sus obras a la polémica entre Kelsen y Cossio, como es el caso de los profesores Diego Fernando Ca-

(28) Cfr., in integrum, SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Teoría general del derecho*, La Habana, Cultural S.A., 1943. Además, vid. SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Textos para el estudio de la Escuela de Viena*, La Habana, Cultural, S.A., 1946, ps. 2-17.

(29) CAÑIZARES ABELEDO, D. F., “Prólogo”, en H. BERTOT TRIANA, *El pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Un acercamiento crítico a la teoría pura del derecho*, Bogotá, Leyer, 2017, p. 5.

(30) GASSNER, M., y OLECHOWSKI, T., “Teoría Ecológica (...)”, op. cit., p. 297.

ñizares Abeledo ⁽³¹⁾ y Julio Fernández Bulté ⁽³²⁾, refirieron en ocasión alguna la concurrencia de ambos pensadores en La Habana.

Sin embargo, es del todo seguro que el giro egológico experimentado por Bustamante y Montoro constituyó una fuente de inquietud para Kelsen y, al unísono, colocó a la reflexión iusfilosófica cubana en la órbita del debate. En los predios universitarios cubanos anteriores a 1959, Bustamante y Montoro fue reconocido como el cultor más destacado de la teoría pura, proyección que también revistió carácter internacional. Por esto es que sus concesiones a la egología no pueden tenerse como formulaciones teóricas menores, sino como una sólida muestra de la rápida expansión geográfica y de la coherencia con que el pensamiento de Cossio irrumpió en espacios intelectuales hasta esos momentos absolutamente dominados por el kelsenismo, todo lo cual alentó la polémica y condicionó los ánimos de sus protagonistas. El propio Cossio da cuenta de esta circunstancia en sus habituales balances respecto de la aceptación de la teoría egológica en las voces más autorizadas de la iusfilosofía del mundo occidental. Fue precisamente Cossio quien entendió el desplazamiento egológico de Bustamante y Montoro como uno de los catalizadores del debate. Esta escena iusfilosófica habanera fue relatada por Bustamante y Montoro en carta a Cossio, fechada el 28 de noviembre de 1941, el que a su vez reprodujo su contenido esencial en un artículo de 1948, titulado “¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del Derecho?”, puntualizando las incidencias fundamentales del intercambio de Kelsen con su discípulo.

Según Cossio, “en el mismo año 1941, Kelsen, invitado por la Universidad de La Habana, visita la República de Cuba y allí el profesor Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro le plantea la cuestión de si la Teoría pura del Derecho era una Lógica jurídica formal, sirviéndose del amplio desarrollo que yo había efectuado ese mismo año en el capítulo segundo de mi libro ‘La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho’, así como también en mi recordado artículo de ‘La Nación’. La opinión de Bustamante y Montoro, favorable a la interpretación egológica, causó a Kelsen alarma y provocó discrepancias que, con todo, no terminaron por puntualizarse con absoluta claridad, según me lo hizo saber el profesor cubano por carta del 28 de noviembre de ese año. Solo resultaba indubitable que el maestro vienés rechazaba la posibilidad de una Lógica jurídica autónoma, recordando que él, en su juventud, había hablado también de una Lógica jurídica, pero que ahora le parecía que la Lógica era una y la misma en todas las ciencias” ⁽³³⁾.

(31) Cfr. CAÑIZARES ABELEDO, D. F., Concepto etimológico, filosófico y social del Derecho, La Habana, Universidad de La Habana, 1960, ps. 6 y ss.

(32) Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Filosofía del Derecho, La Habana, Félix Varela, 1997, ps. 159-171.

(33) COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen (...)”, op. cit., ps. 1075-1076.

La interpretación favorable a la que se refiere Cossio, que ciertamente no fue cosa distinta a un desplazamiento de Bustamante y Montoro hacia la egología, consistió en admitir la postura que reduce la teoría pura al ámbito exclusivo de la lógica formal, posicionamiento que Kelsen inmediatamente rechazó de forma inequívoca, comunicando a su discípulo los argumentos cardinales de su actitud, principalmente los relativos a la unidad de la lógica y a la imposibilidad de una lógica estrictamente jurídica. Esta simpatía del profesor de La Habana por la interpretación egológica matizó de forma definitiva su obra posterior, la que, si bien no abandonó nunca los parámetros metodológicos de la teoría pura, fue cada vez más propensa a la incorporación de valoraciones sociológicas y de esquemas axiológicos. Un ejemplo al respecto lo constituye la nota al lector que Bustamante y Montoro colocó como póstico a la primera edición de su *Sociología jurídica*, en la que, refiriéndose a las ventajas de esta disciplina, se puede leer lo siguiente: “alentamos la esperanza de que este enfoque de la vida, para buscar en ella la pulsación del Derecho, nos haga comprender que, si bien la teoría jurídica pura es en sí misma un sistema cerrado y completo, no por ello resulta menos necesario indagar la vida social en que las normas han de realizarse, pero todo ello sin confusiones metodológicas, en la buena senda de Kelsen. Norma y vida, si bien distintas gnoseológicamente, deben enfocarse como complementarias”⁽³⁴⁾.

En apreciación de Bustamante y Montoro, “Carlos Cossio en la América Latina representa, en esta evolución, la cúspide innegable con su ‘Teoría Ecológica del Derecho’, en que no solamente se llega a la más interesante interpretación de la propia Escuela de Viena, como Lógica Jurídica formal, sino que la supera en la misma orientación fenomenológica citada, de una manera sumamente rica en enfoques nuevos y fructíferos (...). No hay, pues, abandono alguno de formalismo neokantiano inicial de la Escuela de Viena. Continúa siendo una Lógica Jurídica formal, como la ha interpretado con sumo acierto el profesor Carlos Cossio; pero sin embargo no se puede negar que queda reforzada en su pureza metódica, que aspira (aunque no siempre lo logra) a liberarla de todo lo metajurídico, y especialmente, de lo político y de lo valorativo”⁽³⁵⁾.

Si se toman en consideración los factores descritos respecto de la intervención de Bustamante y Montoro en los movimientos previos al debate de 1949, a saber, el conocimiento profundo que ostentó este autor respecto de las bases de la teoría pura, esto como expresión de su condición de discípu-

(34) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Sociología jurídica*, La Habana, Cultural S.A., 1945, p. 8.

(35) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., “El kelsenismo”, *Revista Cubana de Derecho*, nro. 2 (74), año XIX (5 nueva serie), abril-junio de 1945, ps. 108 y 112.

lo directo y dilecto de Kelsen ⁽³⁶⁾, su cercanía con la teoría egológica, tanto por su relación epistolar con Cossio como por su monitoreo constante de las principales tendencias iusfilosóficas del espacio latinoamericano y su dominio perfecto del alemán, lo que en las circunstancias del diálogo entre Kelsen y Cossio resulta de vital importancia, pues el primero no se podía expresar diáfananamente en español y el segundo no lo podía hacer ni en inglés ni en alemán; es posible concluir que con independencia de lo que supuso la felicitación de Kelsen a Cossio por el prólogo que este último colocó en la traducción española de la Teoría pura del derecho, la primera referencia clara y exhaustiva que recibió el jefe de la escuela de Viena de la egología, y más aún, la primera posibilidad que tuvo de expresar sus pensamientos sobre ella y su posible relación con su sistema, probablemente en su lengua materna, fue en ocasión de las conversaciones mantenidas con Bustamante y Montoro durante su estancia en La Habana en el año 1941.

En el año 1945 también tuvieron lugar una serie de acontecimientos que allanaron el camino hacia el debate de 1949. Ese año se celebró la Conferencia de la Organización Internacional de las Naciones Unidas en la ciudad de San Francisco. Este evento supuso la concurrencia de varios connotados juristas a dicha ciudad norteamericana, lo que se aprovechó para discutir ampliamente los pormenores de la teoría egológica y su relación con la teoría pura. Uno de los conferencistas asistentes fue el profesor colombiano Luis E. Nieto Arteta, quien, por mediación del profesor Jesús María Yepes, visitó a Kelsen en Berkeley el 8 de mayo para presentarse, saludarlo y, entre otros asuntos, expresarle sus deseos de dialogar sobre lógica jurídica. Ante la aceptación entusiasta de Kelsen para debatir sobre el tema propuesto por Nieto Arteta, el 23 de junio se llevó a cabo una cita académica en la que el egologismo cossiano ocupó un lugar no despreciable. En una de esas conversaciones personales, Kelsen manifestó a su interlocutor su oposición a la presentación de la teoría egológica como completamiento de su teoría pura, esto por entenderla como una teoría independiente, que solo comparte algunos aspectos superficiales con la teoría pura ⁽³⁷⁾.

A pesar de que Bustamante y Montoro y Nieto Arteta transmitieron a Cossio una respuesta negativa de Kelsen respecto de las bases y proyecciones de la teoría egológica, el autor argentino albergó el convencimiento de que tal postura de oposición solamente se sostenía en malentendidos y en dificultades idiomáticas, lo que al menos en el caso del profesor cubano era impensable por su ya referido dominio de la lengua alemana. Por este motivo, Cossio alentó al profesor Ambrosio L. Gioja, asistente de su cátedra en la Universidad de La Plata, a viajar a Berkeley para intercambiar con Kelsen y

(36) SARLO, O., "Introito. Para justificar un prólogo", en A. GONZÁLEZ MONZÓN, *El juez y el Derecho. El Derecho por principios y la ponderación judicial*, Bogotá, Leyer, 2020, p. 21.

(37) Cfr. NIETO ARTEETA, L. E., "Un diálogo con el profesor Kelsen sobre lógica jurídica", *Revista Universidad Nacional de Colombia*, Colombia, 1945, ps. 111 y ss.

explicarle de primera mano los fundamentos y las aspiraciones de la teoría egológica, convencido que de esta forma se eliminaría todo tipo de barrera comunicacional o teórica.

En su condición de nuncio de la teoría egológica, Gioja tuvo la oportunidad de participar en varios cursos de Kelsen entre los años 1946 y 1947 y de discutir con él sobre el pensamiento de Cossio y su posición frente a la teoría pura. Estas diligencias fueron comunicadas por Gioja a Cossio a través de un extenso memorial bajo términos sorprendentes, pues según su tenor, aconteció “una concordancia inequívoca y sin restricciones entre Kelsen y la teoría egológica, sobre la base de la aceptación por parte de Kelsen de los planteamientos y fundamentos egológicos, así como un reconocimiento, también, del alcance de la teoría pura *stricto sensu* como mera lógica jurídica formal” (38). Según cita Cossio el memorial de Gioja, la verdad fue que Kelsen no solo no dijo nada en contra de la teoría egológica, sino que afirmó que dicha interpretación es la correcta. Es entendible que este informe de Gioja, aunque en contraste con la opinión de Bustamante y Montoro y Nieto Arteta, generó en Cossio expectativas de triunfo y de aceptación de su teoría por parte de Kelsen que, *a posteriori*, se verían frustradas. Tampoco disuadieron a Cossio las comunicaciones de Kunz, quien en sus estudios de filosofía del derecho latinoamericana concluyó que la teoría pura debía rechazar la interpretación egológica (39); idea que Kelsen refrendó en contestación a una carta de su discípulo en la que la teoría egológica fue calificada como un sinsentido (40), afirmando: “sus líneas me fortalecen en mi escepticismo acerca de los fundamentos de la teoría de Cossio” (41).

En explicación del profesor Sarlo, “la inmejorable impresión que Gioja produjo en Kelsen, así como la anunciada inauguración del nuevo y magnífico edificio de la Facultad de Derecho para el año siguiente, le brindaron a Cossio la oportunidad para conseguir del decano interventor de su facultad, Dr. Carlos M. Lascano, el apoyo necesario para conseguir la invitación oficial y la cobertura de los costos respectivos. Es así que, finalmente, hacia mediados de 1948, Kelsen acepta la invitación para visitar la Argentina. Sin embargo, todo esto está rodeado por tensiones político-académicas, y una comedia de desencuentros teóricos” (42). El anuncio de la visita de Kelsen generó “una inusitada ansiedad en los medios académico-jurídicos argentinos, a la luz de las expectativas generadas por Cossio sobre una eventual

(38) COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen (...)”, op. cit., p. 1077.

(39) KUNZ, J., “La Filosofía del Derecho latinoamericana en el siglo XX”, Revista de la Universidad de Nueva York, Nueva York, 1949, p. 259.

(40) KUNZ, J., carta a Hans Kelsen del 8 de noviembre de 1947, Hans Kelsen-Institut, legado de Hans Kelsen, 16.b1.59. Op. cit. pos GASSNER, M., y OLECHOWSKI, T., “Teoría Egológica (...)”, op. cit., p. 300.

(41) KUNZ, J., carta a Hans Kelsen del 16 de junio de 1945, Hans Kelsen-Institut, legado de Hans Kelsen, 16.b1.59. Op. cit. pos GASSNER, M., y T. OLECHOWSKI, “Teoría Egológica (...)”, op. cit., p. 300.

(42) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”, op. cit., ps. 407-408.

conversión de Kelsen a la egología. Sin embargo, durante estos meses se sucede un intenso intercambio epistolar a cuatro puntas, entre Kelsen, Gioja, Cossio y Kunz, del cual ninguna claridad resulta, salvo que Kelsen sigue rechazando la interpretación egológica”⁽⁴³⁾.

III. LAS CONFERENCIAS DE KELSEN EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (UBA)

Indudablemente, como refirió el profesor Pettoruti, el año 1949 representó un importante hito, no solo para la entonces naciente egología, sino también para toda la filosofía jurídica argentina. Hans Kelsen pronunció una serie de conferencias en la Universidad de Buenos Aires y el 23 de agosto de ese año visitó la Universidad de La Plata. En dicha oportunidad, y haciendo especial reconocimiento a la importancia dada a la ciencia del derecho en la Argentina a través de la epistemología, la educación filosófica y el derecho comparado, Kelsen se ocupó de desarrollar y profundizar extensamente sobre su idea de ciencia del derecho como ciencia social normativa, el derecho como objeto de la ciencia del derecho y el derecho como orden constrictivo⁽⁴⁴⁾.

Kelsen pronunció cuatro conferencias en el aula magna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, los días viernes 5, miércoles 10, sábado 13 y jueves 18 de agosto de 1949, a partir de las 6:30 p.m. Todas las conferencias se impartieron mediante la lectura del texto en francés⁽⁴⁵⁾, y fueron publicadas en la polémica compilación de Cossio bajo el rubro de *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*⁽⁴⁶⁾. Su presentación ante el amplísimo auditorio congregado para escuchar sus reflexiones corrió a cargo del decano, Dr. Carlos María Lascano, quien lo definió como maestro de maestros y como “un hombre que ha escalado todas las alturas de la fama y de quien los estudiosos de todas las latitudes, tanto y tanto han aprendido y tienen que aprender”⁽⁴⁷⁾. Por su parte, Kelsen correspondió a los honores que le fueran dispensados en la apertura del Dr. Lascano con las siguientes palabras previas a su introspección teórica: “no hay ningún otro país en el continente americano donde la ciencia del derecho sea alentada más infatigablemente y con más éxito que en la Argentina. El resultado de esta alta cultura jurídica, es que los sabios argentinos están

(43) *ibíd.*, p. 409.

(44) GASSNER, M., y OLECHOWSKI, T., “Teoría Egológica (...)”, *op. cit.*, p. 294.

(45) El profesor Diego Luna ha desarrollado el estudio más completo que existe hasta la actualidad sobre la visita de Kelsen a la Argentina. Los datos recogidos en este epígrafe se corresponden con los acopiados por el profesor Luna en su profunda investigación testimonial y periodística. Cfr. LUNA, D., “Estudio Preliminar 1949-2019. Las conferencias de Hans Kelsen en Argentina y su debate con Carlos Cossio”, en D. LUNA (editor), *La polémica Kelsen-Cossio. Teoría pura del derecho versus teoría egológica del derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, ps. 36 y ss.

(46) Cfr. KELSEN-COSSIO, *Problemas (...)*, *op. cit.*, ps. 11 y ss.

(47) Reproducido en KELSEN-COSSIO, *Problemas (...)*, *op. cit.*, p. 9.

a la cabeza en muchos dominios de la jurisprudencia, sobre todo en el de la teoría exacta del derecho. No hay en ninguna parte otro auditorio ante el que me atrevería a pronunciarme sobre problemas que igualaran en dificultad y complejidad a los que espero abordar; en efecto, no hay en ninguna parte otro auditorio donde pudiera confiarme a un público mejor preparado para penetrar estos problemas que en esta Facultad de Derecho, en vista del grado de educación filosófica, de la familiaridad con la epistemología y del conocimiento perfecto del derecho comparado que encuentro aquí” (48).

En su balance científico de la visita de Kelsen a Buenos Aires, Jaime Perriau, quien había mantenido contacto con Kelsen desde 1945, refirió que en las citadas conferencias el creador de la teoría pura no dijo nada nuevo, al menos para aquellos que conocieran su teoría de primera mano. No obstante, calificó el suceso como una oportunidad para el conocimiento directo de las teorías kelsenianas, pues hasta el momento la mayor parte de los juristas argentinos solamente las conocían por mediación de la egología, entre otras cuestiones por la falta de dominio de la lengua alemana (49). En sintonía con esta apreciación de Perriau, Goldschmidt se refirió a las conferencias de Kelsen indicando que “ellas formulan en la forma concisa y diáfana a la que Kelsen nos tiene acostumbrados, las ideas fundamentales de la llamada Escuela de Viena” (50).

Si bien Kelsen trajo sus conferencias redactadas desde Berkeley, según Cossio solo dictó la primera en su conformación originaria, pues las restantes fueron modificadas en mayor o menor grado, a raíz de las conversaciones iusfilosóficas colectivas e individuales que el maestro vienés sostuvo diariamente en los distintos ambientes académicos en los que intervino. Incluso, en su testimonio, Cossio indicó que la segunda de las conferencias dictada en Buenos Aires fue reformulada para su lectura en la Universidad de La Plata el 23 de agosto, y que dicha reformulación significó flamantes concesiones a la egología (51). Esta empresa de reelaboración emprendida por Kelsen generó, en palabras del profesor argentino, un estado de “defraudación de cierta parte del público con la tercera conferencia, pues Kelsen había concluido la segunda con la frase de que la próxima sería ‘la causa Cossio contra Kelsen’, para defender a la teoría pura de críticas muy serias hechas por la teoría egológica” (52). No obstante, sigue explicando Cossio, la tercera conferencia “salió a la luz sin ninguna discusión de aquellos ar-

(48) *ibid.*, ps. 11-12.

(49) Cfr. PERRIAUX, J., “Balance científico de la visita de Kelsen”, *La Ley*, tomo 55, Buenos Aires, 1949, ps. 992 y ss.

(50) GOLDSCHMIDT, W., “Cossio contra Kelsen (...)”, *op. cit.*, p. 20.

(51) KELSEN-COSSIO, *Problemas (...)*, *op. cit.*, p. 84.

(52) *ibid.*, ps. 84-85.

gumentos críticos, presentando solamente la exposición de algunos puntos fundamentales de la teoría pura”⁽⁵³⁾.

La primera conferencia dictada por Kelsen en la UBA versó sobre la ciencia del derecho como ciencia social normativa. En ella fueron desarrollados muy puntualmente algunos de los aspectos metodológicos esenciales que caracterizan a la teoría pura del derecho, tales como: la diferenciación entre las ciencias naturales y las sociales; la imputación en el pensamiento jurídico; la imputación en el pensamiento primitivo; el animismo como interpretación social de la naturaleza; los puntos de contacto y de divergencia entre las ciencias causales y las ciencias normativas; la clasificación de las leyes causales y las leyes normativas; la relación existente entre la causalidad y la imputación; la relación existente entre la libertad y la imputación; el problema de la conducta y otros hechos como objeto de reglamentación social y la cuestión de las normas categóricas. La tesis central de la conferencia radica en la identificación de los conceptos de imputación y de ciencia social normativa como antecedentes de la afirmación del derecho como objeto de la ciencia del derecho. Esta premisa permite a Kelsen sostener que el derecho es un fenómeno social, que la ciencia del derecho es una ciencia social y que esta ciencia social difiere esencialmente de las ciencias naturales por su carácter imputativo y normativo.

Esta diferencia responde, esencialmente, a la no identificación del principio de causalidad con el principio de imputación. El principio de imputación, propio del pensamiento jurídico, “juega un papel análogo, respecto de las reglas de derecho, que el principio de la causalidad respecto de las leyes de la Naturaleza de que se sirven las ciencias naturales al describir la Naturaleza. Una regla de derecho es, por ejemplo, la afirmación de que, si un hombre ha cometido un crimen, debe serle impuesto un castigo; o la afirmación de que, si un hombre no paga una deuda por él contraída, una ejecución forzosa debe ser dirigida contra sus bienes. De una manera más general: si ha tenido lugar una transgresión debe ser ejecutada una sanción. Al igual que una ley de la Naturaleza, una regla de derecho liga dos elementos. Pero la significación de la conexión descrita por la regla de derecho es muy diferente de la causalidad. Pues es manifiesto que la transgresión criminal se encadena al castigo y la transgresión civil a la ejecución forzosa, de muy otra manera que la causa al efecto. La conexión entre causa y efecto es independiente del acto de un ser humano o sobrehumano. Pero la conexión entre la transgresión y la sanción jurídica se establece por un acto o por varios actos de personas, actos creadores de Derecho que tienen la significación de una norma”⁽⁵⁴⁾.

(53) *íd.*, p. 85.

(54) *íd.*, ps. 13-14.

La diferenciación entre el principio de causalidad y el principio de imputación es reiterada en esta conferencia como uno de los presupuestos fundamentales en la determinación metodológica de la ciencia del derecho. En la cadencia expositiva de Kelsen, se determina que, puesto que el enlace entre la transgresión y la sanción se establece por actos cuya significación es una prescripción o una permisión, es decir, por una norma, la ciencia del derecho describe su objeto mediante proposiciones que ligan la transgresión a la sanción por la cópula debe. Kelsen designa esta conexión con el nombre de imputación. Esta terminología lo conduce a sostener que la sanción “está imputada a la transgresión; no es que ella sea el efecto de la transgresión. Es manifiesto que la ciencia del derecho de ninguna manera apunta a una explicación causal de los fenómenos y que es el principio de imputación, y no el de causalidad, el que está aplicado en las proposiciones de la ciencia del derecho” (55). El principio de imputación caracteriza a la ciencia del derecho como ciencia social normativa. Aquí el término “normativa” es utilizado en el sentido de que la ciencia del derecho describe un tipo específico de normas sociales y las relaciones sociales establecidas por dichas normas.

Con los antecedentes descritos, Kelsen dedica su segunda conferencia a exponer en exclusiva la tesis que identifica al derecho como el objeto de la ciencia del derecho. Como se analizará un poco más adelante, esta tesis es el blanco de varias de las críticas fundamentales que la teoría egológica realiza a la teoría pura. Kelsen estructuró su análisis en nueve tópicos: el aspecto estático del derecho; el aspecto dinámico del derecho; las normas jurídicas y la razón de su validez; la norma fundamental; las reglas de derecho y las normas jurídicas; la regla de derecho en cuanto ley social; derecho positivo y derecho natural; derecho y moral y teoría del derecho y lógica del pensamiento normativo.

En alusión a la egología, que ha mostrado la importancia teórica del principio que dispone que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, Kelsen explica que, aun admitiendo que no hay conducta humana que no esté directa o indirectamente determinada por el derecho, no estamos en situación de definir el objeto de la ciencia del derecho como conducta humana lisa y llanamente. En su opinión, el objeto de la ciencia del derecho son las normas jurídicas determinantes de la conducta humana, o la conducta humana en tanto que determinada por las normas jurídicas, “y esto quiere decir: la conducta humana en tanto que contenida en las normas jurídicas. La conducta humana, sin referencia a las normas jurídicas, morales o religiosas determinantes de esta conducta, forma el objeto de ciencias causales como, por ejemplo, la fisiología, la psicología, la sociología, etcétera. Esto no significa que estas ciencias ignoren completa-

(55) *id.*, p. 16.

mente el hecho de que la conducta humana está motivada efectivamente por las ideas que el hombre se hubiere formado de las normas jurídicas, morales o religiosas. Pero no son las normas en tanto que tales lo que forma el objeto de estas ciencias. La conducta de una madre que alimenta a su niño, sin referencia a las normas jurídicas que obligan a la madre o le permiten hacerlo o que vedan a los otros de impedirle que lo haga, esta conducta, en tanto que tal, es desde el punto de vista jurídico, completamente indiferente. No existe en el dominio del Derecho. Entra en este dominio, se torna jurídicamente pertinente, y, en consecuencia, se vuelve un objeto de la ciencia del Derecho solamente en cuanto que, directa o indirectamente, forma el contenido de normas jurídicas”⁽⁵⁶⁾.

En conclusión, tanto desde el punto de vista estático como desde el punto de vista dinámico es defendible la tesis del derecho como objeto de la ciencia del derecho. El punto de vista estático hace referencia a normas determinantes de los actos de conducta humana y el punto de vista dinámico hace referencia a actos de conducta humana determinados por normas. Como sostiene Kelsen, en la primera fórmula el acento se coloca sobre las normas; en la segunda, sobre los actos de conducta humana. Pero una y otra de estas dos teorías del derecho tienen por objeto normas: las normas creadas por actos de individuos en calidad de órganos o de súbditos del orden jurídico o, lo que vale lo mismo, en calidad de órganos o de miembros de la comunidad jurídica constituida por el ordenamiento jurídico⁽⁵⁷⁾.

Finalmente, la tercera y la cuarta conferencias fueron dedicadas al análisis del derecho como orden constrictivo, por lo que los conceptos de fuerza, obligación, sanción y responsabilidad ocuparon un lugar destacado en la exposición, al igual que la puntualización de la teoría kelseniana de las normas secundarias. En ocasión de estas conferencias, Kelsen se refirió particularmente a las cuestiones siguientes: el derecho y la paz; los elementos jurídicamente indiferentes; derecho y fuerza; la norma secundaria; la obligación jurídica, el derecho definido como un sistema de normas sancionadas por autoridades específicas; obligación e imputación; la transgresión como condición de la sanción; la responsabilidad; responsabilidad individual y colectiva y responsabilidad y obligación. En la sistemática de estas conferencias fue desarrollada una idea esencial, a saber, la teoría pura es una teoría general del derecho, y de ninguna manera lógica jurídica formal, lo que contradice frontalmente una de las directrices de la teoría egológica, según la cual la teoría kelseniana no constituye una teoría general del derecho positivo, sino una lógica de nuevo tipo, es decir, una lógica jurídica formal. Kelsen arriba a esta idea después de desarrollar los conceptos que, a su juicio, resultan fundamentales en la determinación del derecho positivo,

(56) *id.*, ps. 38-39.

(57) *id.*, p. 40.

que resulta ser el objeto de descripción de la teoría pura, la que se ocupa de todas sus dimensiones y no únicamente de su dimensión lógica.

En el razonamiento de Kelsen, “enlazando una sanción, como consecuencia, a una conducta humana como condición, el derecho prohíbe esta conducta, o, lo que significa lo mismo, el derecho prescribe la conducta opuesta. Es de esta manera cómo está regulada por el derecho la conducta humana, o, en otros términos, es la técnica específica del derecho en tanto que reglamentación de la conducta humana. Si consideramos el derecho como un orden constrictivo y si, en consecuencia, formulamos la regla de derecho como una proposición; a saber: que bajo ciertas condiciones debe ejecutarse un acto de coerción como sanción, no puede considerarse a una conducta como jurídicamente prescripta sino cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción” ⁽⁵⁸⁾.

De lo anterior no es difícil advertir que los temas abordados por Kelsen en las conferencias de la UBA no presentan, más allá de alguna que otra referencia directa a la teoría egológica, rasgos de novedad en relación con lo que hasta el momento había desarrollado en sus obras más importantes. Es por esto que el juicio de Cossio relativo a que operó en las exposiciones de Kelsen una especie de pendulaje y un juego de dibujos y desdibujos ⁽⁵⁹⁾ no parece del todo certero, al menos en lo que a variaciones sustanciales de su teoría se refiere. Si bien el texto de las conferencias (exceptuando la primera) sufrió modificaciones como consecuencia de los intercambios privados de Kelsen con los ególogos, y principalmente con Cossio, lo cierto es que dichos cambios, más que de fondo, resultan de precisión, pues es del todo evidente que el contenido de los primordiales cuestionamientos que la teoría egológica dirige a la teoría pura, estos son, la consideración de esta última con un esquema de lógica formal y la definición del derecho como conducta, quedaron refutados; a la vez que Kelsen abundó y reforzó en su exposición la concepción de la teoría pura como una teoría general del derecho y la relación entre la conducta y las normas, reiterando el rol fundamental que estas últimas suponen en la disposición metodológica de la ciencia del derecho.

El profesor brasileño Miguel Reale, que fue un observador acucioso del debate, advirtió esta situación cuando señaló que, en definitiva, “Kelsen se limita a reconocer que la Teoría del Derecho, en cuanto se circunscribe al análisis de cuestiones como la de la forma lógica de las reglas de derecho, forma parte de la Lógica, pero reitera su conocida tesis de que es una ciencia de normas (...). Si se advierten concesiones en las conferencias de Buenos Aires, son las mismas que ya señalaron quienes supieron leer Teoría General del Derecho y del Estado, última formulación del pensamiento de Kelsen, obligado a abrir profundas brechas en su formalismo jurídico ante la fuerza

(58) *id.*, p. 62.

(59) *id.*, p. 86.

viva del *Common Law* norteamericano. Incluso seguidores entusiastas del maestro vienés, como es el caso del ilustre Josef L. Kunz, reconocieron que la última obra fundamental de Kelsen contiene, en cierta medida, innovaciones o cambios en la propia teoría pura del derecho, pareciéndole también que su fundamentación filosófica ha sido algo cambiada y debilitada en el presente trabajo (...). Kelsen no hace a la Teoría Ecológica sino solo una concesión relevante, en cuanto al principio que Cossio denomina axioma ontológico y que él parece aceptar más propiamente como una condición trascendental, el principio de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido” (60).

Sobre esta concesión de Kelsen respecto del axioma ontológico cossiano se advierte cierta contradicción que, si se analiza en sintonía como los presupuestos de la teoría pura, no puede dejar de advertirse como un desliz en el discurso. Este punto polémico fue identificado por Machado Neto cuando expresó que “el hecho de que el genial creador de la teoría pura demuestre posteriormente, dentro del mismo texto, una total incompreensión del sentido ecológico de ese mismo principio; así como la evidencia de que, entendido en todas sus consecuencias ontológicas, Kelsen no podría haberlo elogiado sin tener que adherirse a la teoría ecológica” (61). Así, al menos como conclusión anticipada, no es factible admitir la pretendida egologización de Kelsen, al menos si se limita el análisis a sus conferencias dictadas en la UBA, en las que, como se dijo, no hace más que puntualizar conocidos aspectos de su teoría pura.

Como es conocido, la publicación de estas conferencias por la Editorial Guillermo Kraft en marzo de 1952, con el título Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura, que según Goldschmidt es acertado pues en la controversia planteada Cossio asume el rol de actor y Kelsen el de demandado (62), provocó una ruptura definitiva de la relación entre Kelsen y Cossio, esto por haberse configurado un incumplimiento de los términos en que debieron ser publicadas dichas conferencias. En este volumen se compendian las conferencias dictadas por Kelsen en la UBA y el ya citado “Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina”, de Cossio, que a esas alturas ya se encontraba publicado en varias revistas (63), y que incluso contaba con una versión alemana de Otto E. Lang-

(60) REALE, M., “Kelsen-Cossio (Reseña (...))”, op. cit., ps. 611-612. Trad. de Diego Luna.

(61) MACHADO NETO, A. L., Fundamentación ecológica de la teoría general del derecho, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 43.

(62) GOLDSCHMIDT, W., “Cossio contra Kelsen (...)”, op. cit., p. 20.

(63) El trabajo de Cossio está precedido por una advertencia de su autoría que da cuenta de esta situación. En el primer párrafo de dicho texto, Cossio explica que “[e]l siguiente comentario a la actuación de Kelsen en Buenos Aires fue escrito y publicado antes de que llegara a la Argentina la versión definitiva que el maestro vienés habría de dar a sus lecciones profesadas en nuestra Facultad de Derecho: primero en La Ley de Buenos Aires, en octubre de 1949; y luego, con algunos retoques de forma, en la Revista de Estudios Políticos de Madrid, en diciembre de 1949, y en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, en el primer trimestre de 1950. Actualmente hay

felder, publicada en la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, dirigida en aquel entonces por el profesor Alfred von Verdross. Todo lo anterior está precedido por la presentación que de Kelsen realizara el decano Carlos María Lascano a la comunidad universitaria bonaerense. Ciertamente, Kelsen nunca autorizó la publicación de sus conferencias de conjunto con las consideraciones de Cossio sobre las mismas y sobre su visita a la Argentina en términos más generales. El acuerdo también se extendía a la publicación de los originales en francés, lo que nunca aconteció, pues solo vio la luz la traducción al español de las conferencias, realizada por el propio Cossio. Por esto, ante el reclamo de Kelsen se procedió a la retirada de los libros del mercado, sin que haya existido, como en ocasiones se piensa, una amenaza del profesor austriaco respecto de la formalización de un proceso judicial por lo acontecido ⁽⁶⁴⁾.

En su artículo de contestación a Cossio, Kelsen se refirió con detalle al suceso: “por desgracia, el profesor Cossio ha creído necesario no solamente apoyar la superioridad de su teoría en argumentos objetivos contra las concepciones expuestas en mis publicaciones, sino vincular su polémica contra la teoría pura del Derecho con el relato de detalles completamente inesenciales de las circunstancias externas de las lecciones dadas por mí en la Universidad de Buenos Aires en el verano de 1949 y con la reproducción de discusiones privadas, provocadas por él, que tuvieron lugar con ocasión de estas lecciones. Por este camino no quiero ni puedo seguir al profesor Cossio (...). Yo había autorizado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a publicar estas lecciones juntamente con una traducción española. Por razones que ignoro, esta publicación no ha visto la luz (...). En lugar de esto, en la Editorial G. Kraft de Buenos Aires ha aparecido, sin mi autorización, y con mi nombre unido al del profesor Cossio, un libro que contiene el texto español del artículo del profesor Cossio publicado en la *Revista Austríaca de Derecho Público* juntamente con la traducción española realizada por el propio Cossio de mis lecciones de Buenos Aires, pero sin el original francés. Es cierto que el editor de la *Revista Austríaca de Derecho Público*, el señor profesor Alfred Verdross, me preguntó si tenía algo que objetar contra la publicación del artículo de Cossio. Como yo sabía que el artículo iba contra mí y ha sido siempre uno de mis principios no hacer nunca absolutamente nada contra la publicación de cualquier escrito dirigido contra mi doctrina, y aún muchas veces he publicado yo mismo tales escritos en mi condición de editor, contesté en seguida, y sin leer el manus-

también una traducción alemana en Viena y otra portuguesa en Río de Janeiro. El presente texto corresponde a la publicación mexicana, que es la más completa, idéntica a la publicación vienesa de la *Österr. Zeitschrift für Öffentliches Recht* (...). Vid. KELSEN - COSSIO, *Problemas* (...), op. cit., p. 81.

(64) Cfr. LUNA, D., “Estudio Preliminar 1949-2019 (...)”, op. cit., p. 119. El profesor Luna despeja toda duda sobre la inexistencia de la supuesta amenaza de Kelsen a favor de emprender acciones judiciales, al reproducir la carta que este dirigió a la Editorial Guillermo Kraft, fechada el 30 de noviembre de 1952.

crito, que no tenía objeción alguna que hacer. Así se lo comunicué al profesor Cossio en una carta de la que se deducía claramente que, al escribirla, yo no había leído el manuscrito, pues le advertía expresamente que yo quería leer el artículo impreso (*printed*), cosa para la que no tendría motivo de insistir, si yo ya hubiese leído el artículo. El señor profesor Cossio pudo interpretar a su gusto esta comunicación mía, pero lo único que no pudo inferir de ella es que yo autorizase a nadie a que mi nombre se uniese con el suyo para publicar este artículo dirigido contra mí juntamente con una traducción española de mis lecciones —y estas, contra lo acordado con la Facultad, sin el original francés—. Por eso he pedido a la Editorial Guillermo Kraft de Buenos Aires que retire de la circulación el libro publicado en la misma con el título ‘Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura’”⁽⁶⁵⁾.

Por su parte, Cossio también dedicó algunos comentarios al incidente: “El libro, publicado por la Editorial G. Kraft con el auspicio de la Facultad de Derecho, respondía a una necesidad de los estudiosos de habla española, como lo comprueba el hecho de que la totalidad de la edición se vendió en muy pocos meses. Y es de esperar que el mismo éxito tenga la edición francesa cuando salga a luz. Pero el libro no presenta, como parece haberlo entendido el profesor Kelsen, mi trabajo crítico bajo el nombre conjunto de Kelsen y mío, cual si esas críticas contaran con la conformidad del profesor Kelsen. Todo lo contrario; el libro ofrece, primero, las conferencias del profesor Kelsen bajo la égida de su solo nombre; y después, como una segunda parte independiente bajo mi exclusivo nombre, el artículo crítico que el profesor Kelsen ha leído en la reputada revista del profesor Von Verdross (...). Por mi parte, también lo he pagado con verdadero dolor. Lamento profundamente que al profesor Kelsen le haya ocasionado tan tremendo disgusto ver aparecer en un libro, su nombre al lado del mío. Pero sospecho que, como un maleficio, los va a ver juntos muchas veces más en la literatura jurídica de los próximos años”⁽⁶⁶⁾.

A pesar de su desautorización, este libro resulta vital para la vívida comprensión de la polémica. Su carácter inmediato y las observaciones que constantemente realiza Cossio sobre determinados pasajes y protagonistas de las exposiciones de Kelsen, muestran al lector un panorama dinámico de los acontecimientos, a través del cual se constata la trascendencia teórica (y también personal) del debate. En cierta medida, este libro cristalizó los términos primigenios de la disputa entre la teoría pura y la teoría ecológica y dio paso a un par de trabajos más, la ya citada respuesta de Kelsen y un se-

(65) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho (...)”, op. cit., ps. 3-5.

(66) COSSIO, C., “La polémica anti-ecológica (Respuesta al profesor Hans Kelsen)”, La Ley, tomo 76, Buenos Aires, 1954. La versión del artículo que se cita en este trabajo es la incluida en LUNA, D., “Estudio Preliminar 1949-2019 (...)”, op. cit., ps. 325 y 327.

gundo trabajo de réplica de Cossio, titulado *La polémica anti-egológica* ⁽⁶⁷⁾. La variedad de reseñas que del libro fueron publicadas da cuenta de su rápida difusión internacional, pese a su retirada del mercado editorial.

Una de estas reseñas, posiblemente de las más extendidas, es la que se debe al profesor Legaz y Lacambra, quien estimó que el principal interés de este libro “consiste en que por vez primera se presenta al público español el pensamiento de Kelsen en su última fase, tal como fue expuesta en sus conferencias de Buenos Aires el año 1949. Al mismo tiempo, sobre la base de estas conferencias, Carlos Cossio, fundador y jefe de la escuela egológica argentina, ofrece sus propios puntos de vista que, inicialmente, proceden de Kelsen, pero que, a través de él, lo han superado hasta enfrentarse polémicamente con el maestro y constituir una concepción altamente original, cuya fuerza de proselitismo constituye uno de los fenómenos más dignos de atención en nuestros días en el orden intelectual. Este enfrentamiento tiene en la obra que reseñamos, no una expresión abstracta, sino que a menudo se expone en forma de versión taquigráfica de la conversación mantenida entre Cossio y Kelsen, lo que confiere al libro una singular vivacidad e interés (...). Indudablemente, existe una última fase en el pensamiento kelseniano” ⁽⁶⁸⁾.

Según Fausto E. Rodríguez García, la lectura de este libro “deja la impresión de que, hoy en día, la Teoría Egológica constituye la más seria y científica revisión de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, de la que la primera ha aceptado todo lo que es descubrimiento, y rechazado sólida y enfáticamente lo que de construccionismo ha encontrado en ella. Es más, creo que lleva una ventaja la Egología, aparte de su más completa problemática. Científicamente, tienen los ególogos muy bien puestos los pies sobre la tierra, pues mientras la Teoría Pura parte de una definición racional de su objeto: la norma, la Teoría Egológica arranca de la aprehensión intuitiva de una realidad cultural: la conducta humana, como dato objetivo de su ciencia” ⁽⁶⁹⁾.

En la actualidad, el libro *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura* resulta desconocido para aquellos que no están al tanto de los pormenores del debate provocado por la visita de Kelsen a Buenos Aires en 1949. Recientemente, el juicio preclaro del profesor Diego Luna nos ha regalado una nueva edición de los textos originales de la querrela, acompañados de otros, aún más desconocidos, como lo son las conferencias pronunciadas por Kelsen en la Argentina fuera de los marcos de la UBA ⁽⁷⁰⁾, específicamente en el Colegio de Abogados de Buenos

(67) COSSIO, C., “La polémica (...)”, op. cit.

(68) LEGAZ y LACAMBRA, L., “Kelsen-Cossio (...)”, op. cit., p. 171.

(69) RODRÍGUEZ GARCÍA, F., “Reseña de Kelsen-Cossio, Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nro. 9, tomo III, 1953, p. 219.

(70) LUNA, D., “Estudio Preliminar 1949-2019 (...)”, op. cit., in integrum.

Aires, en el Instituto Popular de Conferencias y en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica Social. Todo ello precedido por un extenso estudio preliminar que, en términos inéditos hasta el presente, recrea de forma excepcional, y con apoyo en una multiplicidad de fuentes periódicas, documentales y testimoniales, los pormenores de la estancia del maestro vienés en los ambientes académicos suramericanos. Por la acertada remembranza de esta trascendental querrela teórica, y especialmente por el giro copernicano que supone en el rescate de las directrices del pensamiento jurídico latinoamericano, insuficientemente exploradas en la actualidad, la comunidad iusfilosófica latina está en deuda con el profesor Luna por esta pieza bibliográfica que ha puesto a nuestra disposición.

IV. TESIS FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA EGOLÓGICA. EL DERECHO COMO CONDUCTA EN INTERFERENCIA INTERSUBJETIVA

En su *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*, el iusfilósofo brasileño Antônio Luís Machado Neto se refirió a los orígenes y a la divulgación alcanzada por la teoría egológica del derecho, dando cuenta de lo siguiente: “originada en la Argentina alrededor de 1940, la teoría egológica del derecho se divulgó en un círculo intelectual bastante amplio cuya lucidez hoy trasciende el país de origen y repercute en toda América hispánica y en el Brasil, en España, en Portugal, en Italia y en Francia. También en los Estados Unidos, e incluso en Finlandia, en Polonia y en Yugoslavia, países donde las obras de Cossio son leídas y discutidas, habiéndose traducido algunas de ellas. O sea que en poco más de un cuarto de siglo y computando la desventaja de haber nacido en un país periférico del mundo occidental, si bien no podemos decir que la teoría egológica ha dado la vuelta al mundo, como suele decirse de aquellas ideas que reconocen vigencia universal, es indudable que tiene asegurado un lugar dentro del panorama de las doctrinas actuales cuyo objetivo es alcanzar una adecuada conceptualización del derecho y de la ciencia que lo estudia” ⁽⁷¹⁾. Desde esta misma óptica, Basave Fernández del Valle comentó que a Cossio “no le han faltado seguidores —iusfilósofos y juristas— para poder hablar de escuela. El tiempo se encargará de aquilatar, en sus justas proporciones, el valor de la teoría egológica del derecho” ⁽⁷²⁾.

Con la publicación en 1944 de la primera edición de *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Carlos Cossio explicita sus pretensiones de fundar una filosofía de la ciencia del derecho y consolida

(71) MACHADO NETO, A. L., *Fundamentación egológica (...)*, op. cit., p. 80.

(72) BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., *Filosofía del Derecho. Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*, México, Porrúa, 2001, p. 342.

su condición de *nume tutelar de la filosofía jurídica argentina* ⁽⁷³⁾. Con la segunda edición de esta obra, que data de 1964, en la que se amplían considerablemente los contenidos de su antecesora, la teoría egológica alcanzó su exposición más completa y sistémica.

La teoría egológica, que en buena medida constituye una solución ius-filosófica ecléctica, es el resultado de amplios y profundos ejercicios de sistematización de los fundamentos que, en opinión del autor argentino, deben constituir una verdadera filosofía del derecho en cuanto saber científico, esto es, que trascienda al discurso metafísico y estandarice una nueva forma de análisis del derecho, que supere la simple descripción lógica y lo asuma como una de las resultantes de la experiencia humana. Su novedad, según la evaluación de Reale, está en el intento de conciliar “en la esfera jurídica la corriente fenomenológica y la kelseniana, no sobre el primado de la norma objetiva como en Schreier y Kauffmann, sino acentuando la posición del sujeto, y con derivación más de Heidegger que de Husserl” ⁽⁷⁴⁾. En síntesis, la teoría egológica del derecho se erige como un nuevo punto de vista analítico para investigar, para enseñar y para manejarse en el derecho ⁽⁷⁵⁾.

El propósito de la teoría egológica consiste en desarrollar un análisis del derecho en tanto experiencia singular. La teoría egológica se constituye entonces como una teoría fenomenológica y existencial del derecho que, en virtud de ser este un objeto cultural, exige intuición, comprensión y pensamiento normativo. Con la teoría egológica se produce, en la determinación del objeto de la ciencia del derecho, un corrimiento de la norma a la experiencia jurídica, o lo que es lo mismo, se produce un tránsito del enfoque lógico del derecho al enfoque existencial-valorativo del derecho. En esta dirección, el pensamiento de Cossio, en apreciación de Cueto Rúa, invita a estudiar la actividad judicial, a analizar la experiencia jurídica, a identificar sus elementos componentes, a ver en los actos de los jueces en tanto tales, un comportamiento normativo (las normas generales aplicables), un elemento empírico (los hechos del caso) y un elemento axiológico (el valor del comportamiento del juez, de las partes, y el valor implícito en la solución suministrada por las normas) ⁽⁷⁶⁾. Se debe hacer notar también que “Cossio comenzó su enseñanza universitaria en la década del cuarenta, cuando dominaban los claustros la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, alejadas de la experiencia jurídica. Por ello, desde el primer capítulo de su obra capital, colocó en el centro del escenario a la experiencia jurídica,

(73) La expresión es de Mario Losano. Al respecto vid. FILIPPI, A., “Norberto Bobbio y Carlos Cossio. La filosofía jurídica de la interpretación analógica”, *Isonomía*, nro. 21, 2004, p. 264.

(74) REALE, M., “La teoría estimativa del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de Sao Paulo*, nro. 34, p. 136.

(75) Cfr. COSSIO, C., “Panorama de la teoría egológica del derecho”, *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, nro. 13, 1948, p. 67.

(76) CUETO RÚA, J., “Carlos Cossio: el Derecho como experiencia”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, vol. 7.

eligiendo la experiencia judicial de entre las variadas instancias de experiencia jurídica a su alcance” (77).

El enfoque existencial-valorativo referido es sintetizado por Cossio con la definición del derecho como conducta en interferencia intersubjetiva, lo que, como ha resaltado el profesor Eduardo Héctor Méndez, plantea originalidad y novedad epistemológica “al sacarle el velo ideológico al concepto normativo puro de la definición kelseniana del derecho. En definitiva, el término “egología” nos coloca frente a frente con el otro, y como neologismo supera el concepto de derecho como norma, que resulta ser solo un concepto y es el instrumento que sacrifica la experiencia al pensamiento” (78). La teoría egológica enseña, como indicó Carrió, que el conocimiento del derecho demanda un ineludible acto gnoseológico de comprensión, por tratarse de uno de esos objetos cuyo ser consiste en ser un sentido, que debe ser necesariamente puesto por el sujeto cognoscente en ese característico vaivén o movimiento circular propio de lo empírico-dialéctico (79).

El término “egológico” (*ego* - yo; *logos* - conocimiento) alude, al propio tiempo y en unidad, a que el objeto del conocimiento es el hombre plenario o sujeto actuante y que este objeto, en lo que es, se integra en su sentido con el pensamiento cognoscente, es decir, con la norma, con que a él lo piensa en su libertad el sujeto cognoscente que lo conoce por comprensión. Pues la norma, por un fundamento egológico, integra el sentido del dato al ser la conceptualización de la libertad axiológica del propio dato (80). El calificativo de egológica en la teoría de Cossio, según explicó Peidró Pastor, indica su basamento en una fenomenología del ente, que emerge del ego husserliano, en tanto que sujeto puramente cognoscente; y por ser una fenomenología de la libertad, que solo puede surgir de una egología existencial, en cuanto se retrocede de la conciencia a la vida, sobre la base incontrovertible de que conocer es un modo de vivir (81). Si Husserl se refiere a la egología para identificar al conocimiento de la conciencia pura y sus estructuras, entonces no resulta desatinado extender el uso del vocablo para calificar a los objetos que se integran con el conocimiento en sí mismos, tal y como propuso Cossio.

No obstante, los presupuestos filosóficos de la teoría egológica no se limitan al pensamiento fenomenológico de Husserl. En la filosofía jurídica de Cossio el concepto de libertad es trascendental, especialmente en lo que

(77) CUETO RÚA, J., “Carlos Cossio. El golpe de timón”, La Ley, 1999-B, Buenos Aires, 1999, p. 87.

(78) MÉNDEZ, E. H., Fenomenología existencial en el Derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica, Remedios de Escalada, Universidad Nacional de Lanús, 2018, p. 15.

(79) CARRIÓ, G., “Algunas reflexiones sobre la teoría general del derecho. A propósito de una nota de Manuel López y Arrojo”, La Ley, tomo 45, 1947, p. 841.

(80) COSSIO, C., La teoría (...), op. cit., p. 29.

(81) PEIDRÓ PASTOR, I., “La escuela egológica y su posición contra el derecho natural”, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XI, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964-1965, p. 214.

compete a la esencia y el rol social de las normas jurídicas. En esta dirección, el existencialismo de Heidegger resulta vital para la egología, específicamente en lo que respecta al concepto de *da-sein* y a la distinción entre el tiempo cronológico y el tiempo existencial. En un opúsculo titulado *La norma y el imperativo*, Cossio explica la complementariedad que en su pensamiento representa el existencialismo heideggeriano respecto a la fenomenología husserliana: “solo se reclama a la par de una fenomenología del ente que emerge del ego husserliano, en tanto que sujeto puramente cognosciente, una fenomenología de la libertad que solo puede surgir de una egología existencial, en cuanto se retrocede de la conciencia a la vida (...); haciendo así de la vida plenaria la base trascendental de nuestro problema; un problema de otro modo contrahecho y desfigurado sobre la base de una escolástica husserliana que no puede recoger todo lo que estos datos suministran”⁽⁸²⁾. Y seguidamente añade: “lo que se va alterar respecto de Husserl, concierne al objeto a conocer mediante la norma y al peculiar tipo de conocimiento que va a resultar ser el conocimiento normativo, según ya se colige del problema de la posibilidad antes planteado y de la inadecuación de la fenomenología de Husserl, en tanto que fenomenología del ente, para lo que presenta la ley a la gnoseología como problema”⁽⁸³⁾.

La egología, según explicó Recaséns Siches, acepta las indagaciones sobre el hombre que ha realizado la filosofía existencial, y señala no una mera diferencia conceptual, sino una diferencia en el objeto, una diferencia intuitiva, respecto de las teorías del derecho precedentes. El objeto de la ciencia jurídica (la vida humana en su libertad) es distinto del objeto de que se ocupan las ciencias de la naturaleza. El deber ser no es mera categoría mental, sino que la conducta existe como un deber ser existencial, puesto que el hacer del hombre es siempre un proyecto que ha anticipado su futuro⁽⁸⁴⁾. Es por esto que la teoría egológica del derecho, en tanto que actitud científica, inaugura la tentativa de conocer la conducta misma pensándola en tanto dato de la libertad. La teoría egológica colocó, como nota de novedad, la consideración de la ciencia del derecho como normativa, en tanto conoce normas, pero entendiendo como tal a los vínculos a través de los cuales el jurista llega al objeto verdadero y definitivo de este saber científico, a saber, la conducta humana en interferencia intersubjetiva. La teoría egológica se sostiene entonces en la descripción de las experiencias jurídicas. Cossio no acepta, como escribió el profesor cubano Manuel H. Hernández, una filosofía jurídica que no opere sobre la realidad de una ciencia dogmática del derecho; vale decir, sobre un sistema de principios jurídicos aceptados como

(82) COSSIO, C., “La norma y el imperativo (Notas analíticas para su estudio)”, Anuario de Filosofía del Derecho, nro. 4, tomo VII, Madrid, Ministerio de Justicia, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960, ps. 92-93.

(83) *ibíd.*, p. 93.

(84) RECASÉNS SICHES, L., “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, tomo I, México, Porrúa, S. A., 1963, p. 393.

válidos definitivamente. Según esta tesis, contraria a toda escolástica, la ciencia es puntal en toda filosofía ⁽⁸⁵⁾.

Con la propuesta egológica, que como dijo Goldschmidt constituye “un mayúsculo esfuerzo de crear una Filosofía del Derecho Moderna” ⁽⁸⁶⁾, la fenomenología y la filosofía existencial aplicadas al derecho, en virtud de la asimilación de la teoría pura de Hans Kelsen, habrán de desembocar en una filosofía culturalista del derecho, que ostenta un procedimiento nítidamente kantiano en tanto no acepta una filosofía del derecho a secas, sino únicamente una filosofía de la ciencia del derecho ⁽⁸⁷⁾. La teoría egológica se propone ser una filosofía de la ciencia del derecho, pues, en el parecer de Cossio, no ha de aceptarse como válida ninguna filosofía del derecho constituida antes de que existiera la ciencia dogmática o prescindente de esta ciencia. Para Cossio el origen de esta nueva ciencia se sitúa en el siglo XIX, con la aparición de la doctrina de Savigny, que circunscribe el análisis científico del derecho al derecho positivo, cercenando así la apreciación científica del derecho natural. La ciencia del derecho, con intención definida y esfuerzo reiterado, nace, pues, condicionada por la ontologización del derecho positivo ⁽⁸⁸⁾.

En un pasaje de la obra citada, Cossio explicó lo siguiente: “todo autor escribe no solo desde la altura espiritual alcanzada por el tiempo histórico en que vive, sino que también en una cierta actitud. Para el jurista occidental esta actitud fue definida por Savigny ya en 1803 cuando escribió su *Tratado de la Posesión* y acentuada más tarde al asumir la jefatura de la Escuela Histórica, en razón de que deriva el menester del jurista hacia un nuevo cauce, a saber: conocer el Derecho como verdad empírica, es decir, el Derecho que es y tal cual es, sobre la base de la ontologización del Derecho positivo. Tal es la actitud científica frente al Derecho, que los juristas no han dejado de reafirmar ni un instante desde Savigny hasta nuestros días. Tal es también la actitud de que participa el presente libro, como se notará desde la fenomenología de la sentencia que lo encabeza” ⁽⁸⁹⁾.

Esta propensión iusfilosófica de Cossio hacia el análisis del derecho positivo, es decir, el hecho de que su sistema tome como presupuesto el condicionamiento que para la ciencia jurídica tiene la ontologización del derecho positivo, es una muestra de la aspiración de incidir con su pensamiento en la mejor comprensión de los problemas prácticos del derecho. Como se verá,

(85) Cfr. HERNÁNDEZ, M. H., Los nuevos rumbos del derecho (temática del pensamiento jurídico contemporáneo), La Habana, Jesús Montero, Editor, 1954, p. 94.

(86) GOLDSCHMIDT, W., “En torno a la Escuela Ecológica del Derecho”, Revista de Derecho Inmobiliario, nro. 221, Madrid, p. 186.

(87) MACHADO NETO, A. L., “Fundamentación egológica (...)”, op. cit., p. 81.

(88) Cfr. COSSIO, C., La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, 2a edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 20.

(89) *ibid.*, p. 20.

la preocupación de Cossio por la fenomenología de la sentencia, por la interpretación jurídica y por la plenitud del ordenamiento jurídico, entre otros tantos asuntos tratados a lo largo de su amplia obra, no participa de una deontología eminentemente abstracta. Todo lo contrario, las conclusiones de Cossio se inclinan constantemente hacia la descripción y la solución de problemas jurídicos concretos; lo que también supuso un giro a favor de la estimación de la filosofía jurídica en términos de operatividad, pues hasta su incursión en la vida académica argentina, esta disciplina era catalogada como un limitado ejercicio del discurso metafísico. Esta singularidad de la propuesta iusfilosófica de Cossio fue admirada por Bobbio, quien en un artículo de 1939 declaró: “Cossio es un filósofo del derecho con el cual es posible entenderse. Tiene nuestras mismas preocupaciones y entre ellas, principalmente, la de no hacer de la filosofía del derecho el uso de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones. Aun sabiendo que una cosa es la filosofía del derecho y otra es la ciencia jurídica, y que los juristas esperan inútilmente que de la filosofía provenga la solución a sus problemas, que son exclusivamente científicos, Cossio está convencido que nuestra disciplina deba aproximarse a la vida concreta del derecho, si quiere vencer la batalla contra la indiferencia y la hostilidad de los juristas”⁽⁹⁰⁾.

La finalidad de concebir una filosofía sistémica de la ciencia del derecho, fue canalizada por el autor argentino en la estructuración de un plexo epistemológico y conceptual que integra disertaciones sobre ontología jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental, axiología jurídica pura y gnoseología del error. Este plexo epistemológico y conceptual, que asume importantes presupuestos del pensamiento fenomenológico de Husserl y de la filosofía existencial de Heidegger, se incardina a demostrar que la ciencia jurídica es normativa porque conoce mediante normas, no porque conoce normas, ni porque las suministra, sino porque conoce mediante normas la conducta humana en su interferencia intersubjetiva⁽⁹¹⁾. Así, a diferencia de la ciencia jurídica tradicional, que hace que la conducta gire en torno a las normas, la teoría egológica coloca a la conducta en el epicentro ontológico del derecho y describe cómo a su alrededor giran las normas.

Como se dijo un poco más arriba, para Cossio la filosofía del derecho debe ser filosofía de la ciencia positiva del derecho, o sea, ha de revisar los presupuestos con que el jurista trabaja. De esta concepción se desprende una sistemática en la que en primer lugar está la reflexión esencial sobre el objeto que el jurista quiere conocer, para mostrar cuál es la ciencia eidética que toda ciencia empírica tiene en su base (ontología jurídica); en segundo

(90) BOBBIO, N., “La plenitud del orden jurídico y la interpretación”, *Isonomía*, nro. 21, 2004, p. 255.

(91) COSSIO, C., *La teoría (...)*, op. cit., p. 33.

término, como consecuencia de lo precedente, se halla el examen del estilo de pensar que ejercita el jurista cuando está en su tarea (lógica jurídica formal); en tercer término está el ligamen de las dos instancias anteriores, es decir, no lo que el jurista conoce, ni cómo piensa, sino cuándo conoce (lógica jurídica trascendental) y en último término, como el dato empírico de las ciencias dogmáticas es axiológico, está el examen del sentido puro de esta referencia empírica a lo que debe ser (axiología jurídica pura). A ello cabe agregar el problema perisistemático de la gnoseología del error ⁽⁹²⁾.

Machado Neto concibió una esquematización de la estructura epistémica y conceptual de la teoría egológica que merece ser atendida. Para este autor, la línea ascendente del análisis egológico se resume en las proposiciones siguientes:

- El propósito egológico de constituirse en una filosofía de la ciencia del derecho habrá de determinar que en la propia división de la filosofía jurídica se refleje tal preocupación epistemológica. En efecto, todas las partes en que la teoría egológica divide a la filosofía jurídica limitan por alguno de sus lados con la experiencia científica del jurista. Por lo tanto, como el objeto de la ciencia jurídica —el derecho— tiene un ser peculiar, cabe una investigación inicial sobre el ser del derecho: ontología jurídica.

- Como la norma se constituye en un logos especial, apto para pensar la conducta en que consiste egológicamente el derecho, cabe una lógica que tematice la norma como su estilo particular de pensamiento: lógica jurídica formal.

- Si lo que es pensamiento para la lógica es conocimiento para la gnoseología, toda vez que mediante la norma efectuamos egológicamente la interpretación (conocimiento por comprensión) de la conducta, cabe una teoría especial del conocimiento normativo: lógica jurídica trascendental.

- Dado que la experiencia jurídica es una experiencia estimativa, cosa que por lo demás es común para toda experiencia cultural, todo sistema jurídico implica una axiología positiva, y en tal sentido cabe hablar de un conocimiento axiológico de la conducta: axiología jurídica pura ⁽⁹³⁾.

Se advierte entonces que ontología jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental y axiología jurídica pura son las partes intrasistemáticas de la filosofía jurídica concebida egológicamente como filosofía de la ciencia del derecho. A su vez, y como puso de manifiesto el precitado Machado Neto, “como la ciencia jurídica es una ciencia cultural y toda ciencia cultural es susceptible de descalificación como simple ideología, una filosofía de la ciencia del derecho debe contar con una teoría de la ideología

(92) CIURO CALDANI, M. A., Lecciones de historia (...), op. cit., p. 176.

(93) MACHADO NETO, A. L., Fundamentación egológica (...), op. cit., ps. 81-82.

que le permita distinguir la verdad científica del mero error ideológico para poder, precisamente, asumirse como verdad y rechazar como ideologías las concepciones jurídicas que no son otra cosa que la racionalización o la justificación de los intereses socialmente significativos. A tal fin, la teoría egológica habrá de completarse con una parte perisistemática que investigue el papel del error teórico en el derecho como ideología jurídica y suministre el criterio de verdad no-ideológica en el plano de las ciencias culturales: gno-seología del error”⁽⁹⁴⁾.

Para la teoría egológica, a diferencia de las salidas teóricas insertadas en los contornos del normativismo positivista, la norma, como concepto, es apta solamente para mentar la conducta (como conducta) en tanto esta es el objeto del conocimiento jurídico y que este concepto integra, sin embargo, la propia conducta de la que él mismo hace mención. Esto significa, explica Cossio, que la conducta se integra con el pensamiento en sí misma, aunque, por cierto, se requiera una conducta reflexiva para que este pensamiento de sí misma llegue a ser un conocimiento de sí misma⁽⁹⁵⁾. Esto supone que la relación entre norma y conducta se corresponde con la vinculación entre significación y objeto. La conducta se integra con la norma que la menciona. En los objetos egológicos, la lógica jurídica formal se introduce en la realidad de la conducta. Además, la conducta, como objeto cultural al cual se accede a través de la realización de un método que Cossio denomina empírico-dialéctico, es un objeto valioso, y de ahí, como ha resaltado Atienza, se desprende que para la teoría egológica los valores jurídico-positivos son inmanentes al derecho. El derecho no es intermediario entre la conducta y los valores, porque él mismo es esa conducta y, por lo tanto, en él mismo están esos valores⁽⁹⁶⁾.

En conclusión, el derecho es para Cossio un objeto cultural egológico, es decir, un valor de la experiencia humana (conducta en interferencia intersubjetiva) y no un objeto mundanal, esto es, un elemento de la realidad física. El derecho es entonces conducta humana viviente y no actividad humana objetivada. Para Cossio la conducta es una experiencia de libertad que se constituye como el contenido del derecho. En la teoría egológica, derecho y libertad son un binomio conceptual inseparable, en tanto existe entre ellos una relación ontológica. En sentido complementario, la alusión a la interferencia está vinculada con la posibilidad de las acciones jurídicamente relevantes, que para Cossio son todas las acciones humanas como consecuencia de la virtualidad del axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido, está permitido. Este axioma, constituido como resultado de la libertad del ser humano, es un juicio sintético *a priori*, en el sentido de la

(94) *ibíd.*, p. 82.

(95) COSSIO, C., *La teoría (...)*, op. cit., p. 27.

(96) ATIENZA, M., *La filosofía (...)*, op. cit., ps. 35-36.

estética trascendental de Kant. “*A priori*, porque es eidético para la libertad constitutiva de la experiencia jurídica al basarse en su intuición esencial, resultando de ello que la libertad lo impone, queramos o no queramos, como la única manera posible de referirnos jurídicamente en la experiencia a la libertad misma. Y sintético, porque, además de la correlación lógicamente convertible entre los términos recíprocos prohibido y permitido, el axioma enuncia la libertad como *prius*. Por eso no es lo mismo decir todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, que decir todo lo que no está permitido está jurídicamente prohibido; en lo primero, la libertad constitutiva del ser humano es el punto de partida; lo segundo es radical y necesariamente falso, con una falsedad de tal naturaleza que hace imposible tomar contacto con la experiencia jurídica”⁽⁹⁷⁾. Ergo, para Cossio el derecho se halla en la conducta y no en la norma jurídica.

A modo de resumen, y siguiendo la sistematización realizada por Aftalión, Vilanova y Raffo, las tesis fundamentales de la teoría egológica se pueden contener en las afirmaciones que a continuación se reproducen:

1. El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva: el derecho, como objeto, consiste en conducta. Pero, como también la moral es conducta, para que pueda hablarse de derecho ha de tratarse de conductas en interferencia intersubjetiva. De esta intersubjetividad surge una nota característica de la conducta jurídica: su impedibilidad, o sea la posibilidad de que a la acción de un sujeto se oponga un impedimento por parte de otro sujeto. Usando una expresión kantiana, diremos que, en la vida en comunidad, el libre arbitrio de uno se encuentra efectivamente limitado por el libre uso del arbitrio del otro.

2. El derecho considera todas las acciones humanas: el derecho, en cuanto conducta, atrapa o considera todas las acciones, en el sentido de que no hay acción humana que no se encuentre, en alguna medida, en interferencia con acciones de otros miembros de la comunidad.

3. El derecho se interesa por el acto humano en su unidad: el derecho, al atrapar todas las acciones humanas, no se limita a su aspecto externo, sino que se interesa por el acto humano en su unidad, por los aspectos externos en cuanto son expresión de elementos internos de la personalidad.

4. El derecho supone la posibilidad de actos de fuerza: la nota de impedibilidad, propia de la conducta jurídica, se traduce en la posibilidad de que una conducta real, ocurrente, impida efectivamente la realización de determinada acción de un tercero. En otros términos: la impedibilidad o coercibilidad, en cuanto nota de la conducta jurídica, puede traducirse en efectivos actos de impedimento, de coacción, de fuerza. De tal modo, un

(97) KELSEN-COSSIO, Problemas (...), op. cit., p. 89.

ingrediente de fuerza es inexcusable en la consideración del derecho como conducta. Pero esto no debe llevarnos de ningún modo a equiparar el derecho con la fuerza, porque ocurre que, por una parte, no todos los actos jurídicos son actos de fuerza y, por otra, no todos los actos de fuerza tienen igual sentido para el derecho. Para advertir cómo no todos los actos jurídicos son de fuerza, basta pensar en el cumplimiento espontáneo de sus obligaciones por parte de los deudores, o bien en los casos en que los derechos son ejercidos sin que les sean puestos obstáculos por parte de terceros. En relación con el diferente sentido que pueden tener, para el derecho, los actos de fuerza, baste pensar que tanto pueden ser sanciones (pena capital), como entuertos (homicidio), como prestaciones (cuarentena sanitaria), como ejercicio de un derecho (cierre de un jardín, vedando así el acceso al mismo).

5. La libertad es ineliminable contenido del derecho: el derecho, en cuanto conducta, remite a la idea de libertad, lo que no es más que una natural consecuencia de que la persona no es un simple autómatas que se determina por tendencias, sino un ente que crea su propia existencia, que se autodetermina bajo el signo de los valores. De ahí que la teoría egológica haya podido afirmar, en carácter de axioma ontológico del derecho, que —en el plano jurídico— todo lo que no está prohibido está permitido.

6. Las normas jurídicas conceptualizan la conducta en interferencia intersubjetiva: mientras la moral se expresa en normas que prefiguran la conducta de un solo sujeto —por ejemplo, “no matarás”—, la conceptualización jurídica de la conducta se expresa en normas que representan la conducta de varios sujetos.

7. Las normas jurídicas imputan sanciones y son disyuntivas: al estudiar las normas jurídicas se aprecia cómo la imputación de la sanción (S) forma parte del esquema completo de ellas, del mismo modo que también integra la norma completa la imputación del deber o prestación (P). Con ambas imputaciones quedan cubiertas todas las posibilidades y la conducta queda, de este modo, plenamente representada ya que, si bien el obligado puede no cumplir su prestación, si no lo hace, corresponde la aplicación coactiva de la sanción (o dado no P, debe ser S). La conminación de sanciones por el orden jurídico, y su efectiva aplicación, constituye una específica técnica social tendiente a lograr un estado de cosas valorado positivamente por la comunidad. Lo expuesto lleva a destacar, otra vez, el carácter disyuntivo que tiene la norma jurídica, porque no se limita a prever el cumplimiento del deber, sino también la imposición de una sanción por parte de un funcionario de la comunidad. La norma moral, en cambio, se limita a expresar la conducta de un solo sujeto, su deber, pero en lo que a las posibles sanciones morales se refiere, no hay modo de considerarlas normativamente imputadas. Trátase, por ejemplo, de atribuir al arrepentimiento el carácter de sanción moral imputada a una mala acción. No cuesta trabajo advertir que

el remordimiento de conciencia es algo que le ocurre o no al sujeto, pero no tiene sentido normarlo. Aunque aceptemos que tenga carácter de sanción, no será una sanción normativa concretamente imputada, no forma parte de un sistema normativo ⁽⁹⁸⁾.

Estas tesis fueron combatidas por Kelsen, quien se negó a aceptarlas como un completamiento de su teoría pura, limitada por Cossio a los dominios de la lógica jurídica formal. Esta pretensión cossiana de completamiento y su negación por parte de Kelsen hizo que el debate conceptual entre ambos autores se centrara en encontrar el sentido y el alcance correctos de la teoría pura del derecho. Esta idea hace comprensible el hecho de que el iusfilósofo austriaco se refiriera en su escrito de contestación a la asombrosa pretensión del iusfilósofo argentino, según la cual "Cossio sabe mejor que Kelsen lo que Kelsen pretende con su teoría pura del derecho" ⁽⁹⁹⁾; y que, por su parte, Cossio refiriera: "Dr. Kelsen, a usted le pasa lo mismo que a Colón, él pensó que había descubierto las Indias y en verdad había llegado a América" ⁽¹⁰⁰⁾.

V. LA TEORÍA EGOLÓGICA FRENTE A LA TEORÍA PURA. ENTRE LA CONDUCTA Y LA NORMA

Como fue advertido con anterioridad, el enfrentamiento de la teoría egológica a las premisas de la teoría pura es anterior a la visita de Kelsen a la Argentina. A pesar de que Cossio entendió su obra como un completamiento de la obra kelseniana, lo cierto es que la conciliación o complementación entre egología y teoría pura fue siempre un proyecto imposible, "solo pensable por la audacia intelectual de Cossio, y sustentable en la tenacidad y habilidad dialéctica que demostró para difundirlo y defenderlo" ⁽¹⁰¹⁾.

Ya en el año 1947, Brandão advertía esta incompatibilidad teórica al razonar que donde la superación cossiana de Kelsen "surge con mayor evidencia, es allí donde la teoría egológica substituye el normativismo por el conductivismo. Las normas jurídicas positivas, son el objeto de la Ciencia dogmática para Kelsen; las conductas humanas en su interferencia intersubjetiva, es el mismo para el profesor Cossio. Esto basta para comprender la enorme distancia que separa el normativismo lógico del primero, del conductivismo estimativo del segundo. Por poco que el hecho agrade al profesor Cossio, su teoría egológica es, de por sí misma, una de las críticas más eficaces que, desde un punto de vista no polémico, se ha efectuado a Kelsen. Y el motor de esta superación son los elementos que el profesor Cossio asi-

(98) AFTALIÓN, E. R., VILANOVA, J. y RAFFO J., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, ps. 324-327.

(99) KELSEN, H., "Teoría Pura del Derecho (...)", op. cit., p. 5.

(100) Op. cit. pos GASSNER, M. y OLECHOWSKI, T., "Teoría Egológica (...)", op. cit., p. 304.

(101) SARLO, O., "La gira sudamericana (...)", op. cit., ps. 421-422.

miló a su filosofar sobre el Derecho, después de aceptarlos de la metafísica racio-vitalista de un Ortega y Gasset y de la metafísica de la existencia de un Heidegger”⁽¹⁰²⁾. El profesor Nieto Arteta también percibió la disconformidad al concebir a la teoría egológica como una superación e integración de la teoría pura, aun cuando “los supuestos filosóficos de aquella no deben estar inexorablemente vinculados a la afirmación de que el derecho es un objeto egológico y la experiencia jurídica una experiencia de vida humana viviente. En otras palabras, podrían rechazarse tales supuestos filosóficos o sustituirlos por otros y aceptar que el derecho es del reino de la vida humana viviente”⁽¹⁰³⁾, y no una conjunción sistémica de normas.

Las pretensiones metodológicas de la teoría pura fueron reiteradas constantemente por Kelsen. La indefinición científica del derecho fue la situación que el autor austriaco se propuso superar. Con este fin, delineó una teoría del derecho que prescinde de las confusiones conceptuales generadas por las doctrinas precedentes, en su intento de explicar científicamente las cuestiones jurídicas con referencia a la moral, la sociología, la política y la economía. En uno de los pasajes más conocidos de la Teoría pura del derecho, Kelsen expresó su propósito de delimitación científica del derecho cuando alude que, “en manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”⁽¹⁰⁴⁾.

Si se atiende a lo anterior, se puede sostener que el punto de partida de la crítica que Kelsen dirige a la egología consiste en catalogarla como una teoría de naturaleza metafísica, con marcadas falencias metodológicas, incapaz de identificar el objeto de la ciencia del derecho sin referencias a saberes extrajurídicos. Para Kelsen, cuya teoría pretende desterrar toda implicación metafísica y toda indeterminación metodológica, el concepto de libertad asumido por Cossio contraviene la idea del mundo en los marcos del determinismo, sin posibilidad de excepciones. Esto trasciende a la determinación científica del derecho y a la identificación de su objeto en tanto saber científico. Como correlato de su ascendencia fenomenológica y existencialista, y por la referida importancia que supone el concepto de libertad en su sistema, Cossio defendió que el objeto de la ciencia del derecho es, como ya

(102) BRANDÃO, A. J., “Reflexiones sobre la concepción egológica del derecho”, *La Ley*, tomo 48, Buenos Aires, 1947, p. 10.

(103) NIETO ARTETA, L. E., “Un diálogo (...)”, op. cit., p. 131.

(104) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 15.

se dijo, la conducta humana en interferencia intersubjetiva. En un sentido epistémico totalmente diferente, Kelsen sostuvo que la conducta humana es objeto de la ciencia del derecho solo en tanto se encuentre determinada por una norma jurídica.

En la segunda edición alemana de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen identificó al unísono la crítica a la egología y al marxismo, aludiendo a las normas jurídicas como el objeto de la ciencia del derecho, negando de esta forma la posibilidad de identificar como tal a la conducta humana o a las relaciones económicas condicionantes de la superestructura social. En el referido pasaje de la *Teoría pura...* se lee: “en la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero solo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas. Las relaciones entre los hombres solo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas. La ciencia del derecho intenta concebir ‘jurídicamente’ su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho” ⁽¹⁰⁵⁾.

Esta negación de la conducta como objeto de la ciencia del derecho se enlaza con el posicionamiento kelseniano sobre la posibilidad de incluir en él a los valores. La cuestión de los valores es también calificada por Kelsen como metafísica, lo que justifica su exclusión de los contornos metodológicos de la ciencia jurídica. La egología no puede aceptar esta solución, pues resulta evidente que las interacciones conductuales generan un importante plexo de valor que, según esta tesis, son determinantes para el derecho. En efecto, para Cossio uno de los temas que le corresponde asumir a la filosofía jurídica es el axiológico. Cossio identifica, por un lado, los caracteres de la axiología jurídica positiva, que forma parte de la ciencia jurídica y cuyo objeto es indagar los ideales reales dados en una comunidad en un lugar y en un tiempo determinado; y, por otro lado, los caracteres de la axiología jurídica pura, que se ubica dentro de la filosofía jurídica y se encarga de estudiar los ideales verdaderos o valores puros. El derecho, que como fue explicado es para el profesor argentino un objeto cultural egológico con sustrato en la conducta en interferencia subjetiva, tiene su sentido, como todo objeto cultural, en la referencia a valores. Al mostrar que la intersubje-

(105) *ibíd.*, p. 83.

tividad o alteridad define específicamente a lo jurídico se deriva que no solo la justicia, sino que todo valor de conducta que tenga estructura bilateral, es un valor jurídico ⁽¹⁰⁶⁾.

Como se ha dicho, en los perímetros del debate acontecido en 1949, la teoría egológica esgrime frente a la teoría pura dos tesis fundamentales, estas son: a) la teoría pura es mera lógica jurídica, lo que la convierte en una parte (el 20%) de la teoría egológica, que constituye una exhaustiva filosofía de la ciencia del derecho y; b) el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, quedando en un segundo plano la consideración de la mediación que en este sentido puede suponer la existencia de las normas jurídicas. Ambas tesis fueron comentadas a Kelsen por Kunz en una carta fechada el 15 de mayo de 1945, quien en su doble condición de admirador y promotor de la teoría pura y de estudioso del pensamiento iusfilosófico latinoamericano, advirtió tempranamente los principales cuestionamientos que Cossio dirigió al formalismo kelseniano.

En dicha carta, Kunz se expresó del modo siguiente: “yo opino, que Cossio ha desarrollado correctamente su teoría jurídica y usted le ha confirmado a través de una carta la ortodoxia de su opinión. (Solamente es para él la regla de derecho un juicio disyuntivo, no hipotético). Pero: él reduce su *Teoría Pura del Derecho* a una mera lógica jurídica formal. Por lo tanto, ella no es una teoría jurídica completa, ya que está, según él, solamente en el limitado grado de la lógica jurídica trascendental. No es ninguna filosofía jurídica en sentido metafísico, pero ella tampoco es ciencia jurídica (...). Lo más grave en Cossio es que él equipara el derecho a la conducta humana, y así deriva en la Sociología” ⁽¹⁰⁷⁾. Si bien Cossio, al menos de manera oficial, presentó a la teoría egológica como una interpretación complementaria de la teoría pura, lo cierto es que sus resultados rebasaron esta declaración inicial, pues de su análisis relacional entre las normas y las conductas devino

(106) Los valores se refieren a la coexistencia, pero esta coexistencia puede ser tanto circunstancia, en la medida en que los otros con su sola presencia están formando ya mi circunstancia; personas, en la medida en que los otros se dan siempre con esa calidad espiritual que define a la persona; o bien sociedad, en la medida en que los coexistentes no se encuentran meramente yuxtapuestos, sino que el proyecto de cada uno es hacer su vida con los demás. Estas tres formas en que puede ser asumida la coexistencia dan lugar a tres radios del plexo axiológico presididos por la justicia. En el primero de ellos aparecen los valores seguridad y orden, en el segundo los valores paz y poder, y finalmente, en el tercero, los valores solidaridad y cooperación. En cada uno de estos pares, el primero sería un valor fundante y el segundo fundado. A cada valor fundante le corresponde un desvalor por defecto: seguridad-inseguridad, paz-discordia y solidaridad-extranjería. A cada valor fundado, en cambio, corresponden dos desvalores: uno extrínseco por defecto, y el otro intrínseco por exceso, en la forma siguiente: desorden-orden-ritualismo, impotencia-poder-opresión y, finalmente, minoración-cooperación-masificación. Vid. VIGO, R. L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1983, ps. 187-188.

(107) KUNZ, J., carta a Hans Kelsen del 15 de mayo de 1945, Hans Kelsen-Institut, Viena, legado de Hans Kelsen. Op. cit. pos GASSNER, M. y OLECHOWSKI, T., “Teoría Ecológica (...)”, op. cit., p. 300.

la definición de estas últimas, y no de las normas, como el objeto primario de la ciencia jurídica ⁽¹⁰⁸⁾.

Según Cossio, los temas abordados por Kelsen son nítidamente temas de lógica, por ejemplo, la norma como estructura del conocimiento, esto es, como juicio, y su comparación con la ley natural; la investigación de la categoría kantiana de la relación (juicios categóricos, hipotéticos y disyuntivos); la explicitación de los conceptos fundamentales de la norma (derecho subjetivo, sujeto de derecho) como estructuras imputativas; la estructura del ordenamiento y el análisis de la relación de las normas como relación imputativa. Finalmente, la interpretación egológica plantea que el problema kelseniano en la teoría pura es el problema de la validez del derecho, entendido como un problema de validez conceptual y por lo tanto de validez lógica del derecho, lo que equivale tanto como a decir de lógica jurídica formal.

Como describiera en su momento Nieto Arteta, “el profesor argentino Carlos Cossio ha interpretado la Teoría Pura del Derecho en el sentido de sostener que ella es un descubrimiento de la lógica jurídica, la lógica del deber ser. Existirían dos lógicas, la del ser y la del deber ser. La primera sería la del conocimiento natural y la segunda, la del conocimiento jurídico. La lógica del ser sería la vieja lógica aristotélica, mientras que la lógica del deber ser solo habría sido descubierta por Kelsen al definir la Teoría Pura del Derecho, al explicar su contenido, al precisar las afirmaciones que la integran. Para cada una de esas dos lógicas los juicios por ella analizados y descritos tendrían dos distintas cópulas. La cópula del ser sería la forma de los juicios o de los pensamientos en los cuales se aprehende el contenido de la experiencia natural. La cópula dada por el deber ser sería la forma de los juicios y pensamientos jurídicos, los juicios y pensamientos en los cuales se encerraría el conocimiento de la experiencia jurídica. Ante la cópula dada por el verbo ser, la del deber ser tendría una autonomía lógica que nos obligaría a aceptar la existencia de una nueva lógica, la lógica jurídica o del deber ser” ⁽¹⁰⁹⁾.

Cossio se refirió a la catalogación de la teoría pura del derecho como una exclusiva lógica jurídica, diferenciando las intenciones de Kelsen, obviamente incardinadas a concebir una teoría general del derecho, de lo que verdaderamente logró el maestro vienés con el desarrollo de su obra. Así, pues, la teoría egológica advierte que la pureza metódica kelseniana, constituida sobre el nexo lógico de imputación, solo es una lógica jurídica formal. En contra de lo que se cree, la egología asume que “con la teoría de Kelsen

(108) Cfr. PETTORUTI, C., “Relaciones entre Viena y La Plata. Reflexiones acerca de la influencia de la Teoría Pura del Derecho en la enseñanza de la Teoría Jurídica en la Universidad de La Plata”, en R. WALTER et al., Hans Kelsen en otros lugares. Hans Kelsen en el exterior, Viena, Hans Kelsen-Institut, 2010, p. 232.

(109) NIETO ARTETA, L. E., “Un diálogo (...)”, op. cit., ps. 111-112.

no está directamente interesado el Derecho, sino el pensamiento jurídico que lo mienta. De modo que, en principio sin ninguna alteración de contenido, la teoría egológica transforma profundamente el alcance y papel de la teoría kelseniana. La enseñanza definitiva de la pureza metódica es que, sin estructura normativa, ningún pensamiento jurídico vale como tal pensamiento jurídico”⁽¹¹⁰⁾. En su conocido artículo de respuesta a Kelsen, titulado “La polémica anti-egológica”, el profesor argentino resumió, con una disposición expositiva superior a la mostrada en su “Balance...”, las premisas que le permitieron realizar la circunscripción de la teoría pura al ámbito de la lógica jurídica formal.

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

(110) COSSIO, C., “Panorama (...)”, op. cit., p. 76.

plemente ciencia normativa del Derecho, para eludir toda designación metafórica” ⁽¹¹¹⁾.

Como se constata, Cossio limita las potencialidades de la teoría pura a la descripción del carácter lógico-formal del deber ser jurídico normativo como conjunción o cópula. A diferencia de Kelsen, partidario de la concepción de la estructura lógica de las normas como juicio hipotético, Cossio concibió que las estructuras jurídico-normativas representan un particular juicio disyuntivo. Para la egología, “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” ⁽¹¹²⁾.

En esta dirección, está bien que el derecho, como norma, sea un juicio lógico formal. Pero para la egología el derecho no es solo forma, es además una realidad humana, a la que alude el juicio que implica la norma. Lo formal en el derecho tiene por presupuesto lo sustancial, pues el derecho es una objetividad fenoménica, y esta no puede ser otra cosa que una conducta libre ⁽¹¹³⁾. En consonancia, Cossio sostiene que la relación existente entre norma y conducta evolucionó en el desarrollo de la teoría pura hasta llegar a ser, en concordancia con la raigambre kantiana de su autor, una relación de interpretación donde la norma aparece como un esquema de interpretación del *factum* de la conducta. Ahora bien, una teoría de la norma como esquema de interpretación de la conducta, por más que su autor la conciba como una teoría del derecho completa y acabada, no puede pasar de ser lógica jurídica, lógica jurídica formal, en cuanto que ha abstraído (es la primera purificación kelseniana) el *factum* que tal esquema interpretativo habrá de interpretar ⁽¹¹⁴⁾.

(111) COSSIO, C., “La polémica (...)”, op. cit., ps. 287-288.

(112) COSSIO, C., La “causa” y la comprensión en el derecho, Buenos Aires, Juárez Editor S.A., 1969, p. 21.

(113) HERNÁNDEZ, M. H., Los nuevos rumbos (...), op. cit., p. 95.

(114) MACHADO NETO, A. L., Fundamentación egológica (...), op. cit., p. 101.

Sobre esta consideración de la teoría pura como exclusiva lógica jurídica, Kelsen se expresó en oposición: “[Y]o afirmo que, en mi opinión, la teoría pura del derecho es una teoría general del derecho, que contiene ciertas consideraciones lógicas, en particular aquellas que se refieren a la relación entre supuesto y consecuencia en la proposición jurídica o al sentido del deber ser, o aquellas otras que tienden a la aplicación del principio de contradicción a las proposiciones de deber ser. Pero ya no tiene nada que ver con la Lógica la determinación material del supuesto y, sobre todo la de la consecuencia en la proposición jurídica, o sea que esta consecuencia sea un acto coactivo, una sanción. La teoría pura del Derecho tiene como misión definir los conceptos fundamentales de toda ciencia jurídica, como norma de Derecho, deber jurídico, facultad, responsabilidad, competencia, sujeto de Derecho, etc. Y estas definiciones no son función de la lógica, como no lo son las definiciones del círculo o del cuadrado. Así como estas son una función de la Geometría, y la Geometría no es Lógica, así también las definiciones de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica son funciones de una teoría general del Derecho, la cual no es una lógica. Además, las consideraciones lógicas contenidas en la teoría pura del Derecho son absolutamente aplicables no solo al conocimiento de las normas jurídicas, sino al de toda clase de normas, especialmente de las morales; y cuando se habla de una ‘Lógica jurídica’ o de un ‘pensamiento jurídico’ no puede significarse otra cosa que aquellos principios mentales que tienen aplicación al conocimiento de las normas en general y, por tanto, también al de las normas jurídicas. Como su nombre lo indica, la teoría pura del Derecho es una teoría del ‘Derecho’, no una teoría del pensamiento; y las consideraciones lógicas que contiene solo constituyen los supuestos para una teoría jurídica correcta, del mismo modo que la Física tiene que basarse en unos supuestos lógicos previos, sin que por eso la Física constituya una Lógica (...). La teoría egológica está en su derecho de no tomar de la teoría pura del derecho más que estas consideraciones lógicas en ella contenidas; y yo no he afirmado nunca que la teoría egológica haya tomado otra cosa de la teoría pura del derecho, porque ni siquiera he afirmado jamás que haya tomado cosa alguna de ella (...). De que la teoría egológica, como dice el profesor Cossio, solo acepte las consideraciones lógico-jurídicas de la teoría pura del derecho, no se sigue que aquella tenga el derecho de declarar válidas como teoría pura del derecho solo aquellas consideraciones lógicas, si por teoría pura del derecho entiende lo mismo que entiende esta”⁽¹¹⁵⁾.

Sobre esta respuesta, Kunz se pronunció conclusivamente unos años después: “cuando Kelsen llegó a Buenos Aires en 1949, por invitación de Cossio, este a su manera polémica, que es para él un principio, y en su lenguaje arrogante y dominante, expuso ante Kelsen el dilema de admitir la

(115) KELSSEN, H., “Teoría Pura del Derecho (...)”, op. cit., ps. 6-7.

superioridad de la egología o bien refutarla, aniquilándola. Kelsen eligió la segunda alternativa y mostró en un artículo con su habitual maestría en la polémica escrita, su ironía mortal y el poder penetrante del análisis lógico, lo insostenible de las dos tesis principales de Cossio, en las que se basa principalmente su afirmación de originalidad. Sin estas dos tesis, la teoría egológica del derecho sería, como él mismo afirma, no más que un refrito de la teoría pura del derecho. Estas dos tesis son, por supuesto, la tesis de que la teoría de Kelsen no sería ciencia del derecho, sino simplemente lógica jurídica, y que el derecho es conducta. Kelsen muestra la insostenibilidad absoluta de esta última tesis. Mostró que Cossio confunde el hecho de que el derecho regula la conducta humana con el objeto de la ciencia del derecho, es decir, las normas jurídicas mediante las cuales el derecho regula la conducta humana” (116).

VI. VALORACIÓN FINAL

El profesor Oscar Sarlo ha sido muy objetivo al sostener que “los resultados del encuentro de Buenos Aires entre Kelsen y Cossio, entre teoría pura y teoría egológica, han sido evaluados de distintas maneras; en su momento, los partidarios de una y otra corriente salieron convencidos de haber salido triunfantes. Pero lo que nadie tuvo dudas es que no hubo el esperado giro kelseniano hacia la egología” (117).

Un ejemplo del mencionado convencimiento de victoria es apreciable en el posicionamiento de Werner Goldschmidt, en cuyo análisis al respecto arribó a las conclusiones siguientes:

1. “Es evidente que (...) Cossio está en lo cierto con respecto a Kelsen en todos los puntos controvertidos. El axioma: lo que no está prohibido, está permitido, no posee solo una función lógica, sino que reviste importancia ontológica. Intuimos el Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva. La Teoría Pura del Derecho es exclusivamente Lógica Jurídica. No es cierto que la ley contenga solo prescripciones; la ley comprende también juicios imputativos. No es posible concebir el Derecho como una yuxtaposición de entes ideales (normas) y entes reales (conductas de creación y aplicación de normas).

2. “La Escuela Egológica es en la actualidad el cuerpo de doctrinas iusfilosóficas más importante en el sentido de que ninguna otra corriente comprende con tanta amplitud y tanta profundidad los problemas iusfilosóficos y las enseñanzas jurídicas y filosóficas” (118).

(116) Op. cit. pos LUNA, D., “Estudio Preliminar 1949-2019 (...)”; op. cit., p. 110.

(117) SARLO, O., “La gira sudamericana (...)”; op. cit., p. 420.

(118) GOLDSCHMIDT, W., “Cossio contra Kelsen (...)”; op. cit., p. 20.

En sentido similar, Legaz y Lacambra sostuvo que “en el diálogo Cossio-Kelsen estimo que el vencedor es Cossio. Su fundamento filosófico está más a la altura del tiempo que el del antiguo jefe de la Escuela de Viena y el rigor lógico con que extrae consecuencias de las premisas kelsenianas es impecable. Por mi parte no es este el lugar de insistir en lo que considero aceptable y en lo que difiero de la concepción egológica del Derecho. Pero considero útil ver en este diálogo una confirmación de lo que dije hace algunos años sobre el valor de la teoría pura del Derecho: que la filosofía del Derecho tendrá que ser, durante mucho tiempo, una conversación con Kelsen. Y no hay duda que la egología constituye una de las más interesantes manifestaciones de la filosofía contemporánea del Derecho, al menos en su dimensión de teoría de la ciencia jurídica” ⁽¹¹⁹⁾.

Desde una perspectiva analítica diametralmente opuesta, Atienza comparte un parecer, según el cual “la pretensión de Cossio de interpretar auténticamente a Kelsen (en contra, desde luego, de la opinión del propio Kelsen) no puede ser aceptada. La teoría pura no es simplemente lógica jurídica formal, entre otras cosas porque (como señala con acierto Kunz) la obra de Kelsen es, por una parte, ciencia abstracta y general del derecho, y, por otra, ciencia concreta del derecho internacional positivo. Como en todo discurso científico, en la teoría pura se está ejercitando una cierta lógica (jurídica en este caso, claro está), pero si es esto lo que quiere mostrar Cossio, entonces su afirmación es puramente trivial, y no puede atribuírsele más valor que el de la evidencia” ⁽¹²⁰⁾.

Ante todo, hay que reconocer, como bien anotó Martínez Roldán, que en la base de ambas concepciones del derecho (teoría pura y egológica) late una preocupación común y una intención también común de buscarle una solución. Se pretende hacer desaparecer esa duda que todo jurista alberga acerca de la cientificidad de la ciencia jurídica y, en consecuencia, también del carácter científico de sus resultados ⁽¹²¹⁾.

Más que a identificar un vencedor, la apreciación del debate entre la teoría egológica y la teoría pura debe incardinarse a justipreciar su significado en la dinamización del pensamiento iusfilosófico del siglo pasado. Sin lugar a dudas, la teoría egológica fue en su momento de esplendor una cortapisa considerable en el hegemonismo que representó el normativismo kelseniano en el ambiente iusfilosófico del derecho continental durante la primera mitad del siglo XX. A la vez, la egología fue un destello de originalidad del pensamiento iusfilosófico latinoamericano sin precedentes, incluso si tomamos en cuenta el estado actual de la filosofía jurídica en la región.

(119) LEGAZ Y LACAMBRA, L., “Kelsen-Cossio (...)”, op. cit., p. 172.

(120) ATIENZA, M., La filosofía (...), op. cit., p. 50.

(121) MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Teoría pura y teoría egológica del derecho”, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo IV, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 357.

En otra dirección, los ataques egológicos contribuyeron al fortalecimiento de las tesis fundamentales de la teoría pura, pues a su tenor ganaron en solidez y determinación. Es por estas razones que, a pesar de las incidencias personales que eclipsaron la visita de Kelsen a la Argentina en 1949, el contrapunteo entre teoría egológica y teoría pura debe ser interpretado como un episodio positivo y enriquecedor en la historia del pensamiento iusfilosófico occidental.

Se hace necesario entonces coincidir con Pettoruti, quien desde una visión desprejuiciada ha dicho que “si la Teoría Pura del Derecho es analizada en todos sus aspectos, entonces, más allá del debate entre Kelsen y Cossio, que en algunos momentos fue duro y que motivó un distanciamiento personal entre ambos, ha llegado el momento de considerar a la Teoría Pura del Derecho y a la Teoría Egológica como el esfuerzo de dos grandes juristas por consolidar la ciencia del derecho, tomando de cada uno sus mejores enseñanzas” ⁽¹²²⁾.

(122) PETTORUTI, C., “Ser humano y norma. Una perspectiva argentina sobre la Teoría Pura del Derecho,” *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 13, Universidad de La Plata, 2015, p. 230.

EL POSITIVISMO JURÍDICO KELSENIANO Y LA EGOLOGÍA JURÍDICA COSSIANA: DOS SEGMENTOS EPISTEMOLÓGICOS REDUCCIONISTAS DE LA EPOPEYA PURIFICADORA

Por Vicente Julio Arranz Castellero (*)

I. INTROITO

El debate entre los máximos representantes de la teoría pura del derecho y la teoría egológica del derecho, Hans Kelsen (1881-1973) y Carlos Cossio (1903-1987), conforma todo un proceso cuya cúspide se halla en la visita que Kelsen hiciera en agosto de 1949 a instituciones académicas de las naciones suramericanas, fundamentalmente a la Universidad de Buenos Aires, a la Universidad Nacional de La Plata, a la Universidad de Montevideo y a la Fundación Getulio Vargas ⁽¹⁾.

Si analizamos el resultado de la visita cual si fuéramos un réferi o árbitro, partiendo del presupuesto de su proximidad a un torneo deportivo ⁽²⁾ y circunscribiéndonos a las pretensiones de las contrapartes, es posible que

(*) Profesor de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

(1) La visita formó parte de una gira por países de Sudamérica, que incluyó también Uruguay (Montevideo) y Brasil (Río de Janeiro). La estancia más prolongada fue en la Argentina; se extendió del 2 al 25 de agosto de ese año. En Montevideo estuvo apenas unas horas del día 15 de ese mes, para impartir una conferencia en la Universidad, acordada días antes con el profesor Eduardo J. Couture. Su visita a Río de Janeiro fue definida en Buenos Aires y se extendió del 25 de agosto a los primeros días de septiembre. Véase SARLO, O., "La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El 'frente sur' de la teoría pura", *Ambiente Jurídico*, nro. 12, 2010, ps. 411-414. También sobre estos particulares, del mismo autor, "Recepción de la Teoría Pura del Derecho en Uruguay. Con especial referencia a la revista de la Facultad de Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, nro. 32, Montevideo, enero-junio 2012, ps. 325-351.

(2) Así lo vaticinaron Hugo Caminos y Ernesto Hermida, reconocidos intelectuales cercanos a Kelsen y a Cossio. Ellos advirtieron que ella se iba a desarrollar en un ambiente caracterizado por fuertes implicaciones personales y políticas, que la reclinaban más a un evento de esta índole que a un debate académico. Incluso, en misiva de 5 de junio de 1949, dirigida al profesor austriaco, llegaron a sugerirle que suspendiera la visita ante posibles maniobras promocionales del gobierno peronista. Asimismo, el renombrado profesor de Montevideo, Eduardo J. Couture, en carta de respuesta a Werner Goldschmidt, de 22 de julio de 1949, califica anticipadamente el encuentro entre ambos iusfilósofos como un "ring de box", al tiempo que hace votos para que Cossio haga gala de su hospitalidad. Véase SARLO, O., "La gira sudamericana (...)", op. cit., ps. 409-410, y GASSNER, M. y OLECHOWSKI, T., "Teoría egológica del Derecho versus Teoría pura del derecho - Cossio versus Kelsen", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, UNLP*, 2014, p. 301.

concordemos con Oscar Sarlo en que fue “doloroso”, por cuanto Kelsen desautoriza a Cossio en su “propio medio”⁽³⁾; es decir, el maestro llevó ventaja frente a su discípulo.

Pero, a nuestro modo de ver, esta es una perspectiva muy restringida y limitada. La polémica no se reduce a la visita del eminente profesor vienés a la Argentina, ni se ciñe a sus contendientes. En ella, por su difusión y su significación, están implícitas las dos teorías que ellos representaban, y ellas, al mismo tiempo, constituyen un estadio en la trayectoria y evolución de la iusfilosofía.

La disputa —vista como todo un proceso⁽⁴⁾— dejó un saldo positivo a las dos teorías implícitas en la contienda. A la teoría kelseniana le permi-

(3) SARLO, Oscar, “La gira sudamericana (...)”; op. cit., p. 403.

(4) Con una antesala que se desarrolla en cuatro acontecimientos comprendidos entre los años 1941 y 1949. Los tres primeros episodios corresponden a 1941, de los cuales los dos primeros comprenden la redacción por el docente argentino del prólogo a la obra *La Teoría pura del Derecho* y la publicación del artículo “Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea”. El último suceso tuvo lugar en ocasión de la visita que hizo a Cuba el jurista vienés, para participar en la “Segunda Conferencia Americana de Comités Nacionales de Cooperación Intelectual”, celebrada del 15 al 22 de noviembre de 1941. En este viaje, su exalumno Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, profesor de Teoría General del Derecho de la Universidad de La Habana, lo increpó acerca de si su teoría se alineaba como una “lógica jurídica formal”. El último acontecimiento de este lobby consistió en que Cossio envía a Berkeley al profesor Ambrosio Lucas Gioja, quien fuera su profesor adjunto en la cátedra de la Universidad de La Plata (durante el segundo semestre de 1946 y durante todo el año 1947), con el objetivo de llevar a cabo una “misión jusfilosófica”, consistente en explicar a “Kelsen los alcances de la teoría egológica” y “convencerlo para viajar a la Argentina”. A partir de los reportes de Gioja, Cossio advirtió una especie de “egologización de Kelsen”, que produjo en él una verdadera obsesión por traer al maestro vienés a la Argentina. Aunque sucesos posteriores demostraron que lo realmente acontecido en Berkeley fue la “kelsenización de Gioja”. Tras la partida de Kelsen de Argentina, se agudizó el enfrentamiento, aunque ya no fue directo, sino por misivas, artículos y monografías. Esta pugna en la distancia alcanza su punto más dramático en 1952, cuando Cossio publica la obra *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura*. Kelsen se indigna y reacciona solicitando a la “Editorial Guillermo Kraft de Buenos Aires que retire de la circulación el libro”. Los motivos que aduce son, fundamentalmente, el haberse publicado con su nombre, “unido al del profesor Cossio”, sin su consentimiento; y el contener sus “lecciones de Buenos Aires, pero sin el original francés”, como había sido previamente acordado. El profesor porteño replica exponiendo que el libro “respondía a una necesidad de los estudiosos de habla española, como lo comprueba el hecho de que la totalidad de la edición se vendió en muy pocos meses”. Véase COSSIO, C., “Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea”, diario *La Nación*, del 12 de octubre de 1941; del mismo autor: “*La Teoría egológica del Derecho*”, Buenos Aires, Losada, 1944; “*El Derecho en el Derecho Judicial*”, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1945; COSSIO, C., “¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?”, *Revista Jurídica La Ley*, *Revista Jurídica Argentina*, tomo 52, Buenos Aires, 1948, ps. 1075-1077; “*Teoría egológica y teoría pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)*”, en *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, Hans Kelsen y Carlos Cossio, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1952, p. 99; “*Teoría egológica y teoría pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina*”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 56, 1949, ps. 835-861; “*Panorama de la teoría egológica del derecho*”, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, 1949, ps. 67-94; “*Circunstancia de la aparición egológica*”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 67, 1952, ps. 752-767; “*El ser del Derecho*”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 68, 1952, ps. 741-753; “*Constitución de la experiencia jurídica*”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 68, 1952, ps. 915-934; “*Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl*”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 23, Buenos Aires, 1953, ps. 201-241; “*La polémica anti-egológica (respuesta al profesor Hans Kelsen)*”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 76, 1954, ps. 740-760; “*La norma y el imperativo en Husserl*”, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 10, fasc. 1, Instituto Brasileiro de Filosofia, Rio de Janeiro, 1960, ps. 51-169;

tió desmarcarse de la teoría egológica, quedando establecido que no existía vinculación alguna entre los puntos esenciales de una y otra postura ⁽⁵⁾; a las tesis cossianas les significó mayor difusión ⁽⁶⁾ y su inscripción en el marco de la reflexión jusfilosófica antipositivista, dadas su “impronta renovadora” y su “vocación realista” ⁽⁷⁾, expresada en sus bríos por captar de manera más honda la realidad jurídica y en alcanzar criterios materiales de justicia.

Desde el punto de vista global, lo antedicho permite inferir que ambas posturas ocupan un lugar en el firmamento iusfilosófico. El kelsenianismo, desde su propio enclave positivista ⁽⁸⁾, es una reacción contra la “complejidad impura” ⁽⁹⁾ y el cossismo es una resistencia a la “simplicidad pura” kelseniana. Esto nos permite sostener anticipadamente que epistemológicamente Kelsen, con su “simplicidad pura”, y Cossio, con su “fenomenalidad pura”, constituyen eventos de lo que se ha dado en llamar “epopeya de la purificación de la teoría” ⁽¹⁰⁾.

En esta última dirección es que ubicamos nuestras reflexiones en el marco del Seminario internacional de Filosofía del Derecho, convocado por

KELSEN, H., “Teoría pura del derecho y teoría egológica (respuesta a Carlos Cossio. Teoría egológica y teoría pura del derecho. Balance provisional de la visita de Kelsen a la argentina)”, *Revista de Derecho Austríaco*, Viena, 1953, p. 513; y GASSNER, M. y OLECHOWSKI, T., “Teoría egológica del Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 298.

(5) Así, sus diferentes posicionamientos en cuanto a la hipótesis metafísica; sus desiguales planteamientos acerca de la entidad y rol de la cópula “deber ser” y sus disconformidades con relación a la estructura de la norma jurídica. Véase GASSNER, M. y OLECHOWSKI, T., “Teoría egológica del Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 294.

(6) El propio Cossio da cuenta de la impartición del curso de postgrado “Las posibilidades de la Lógica jurídica según la Lógica de Husserl”, programado para los años 1950 y 1951, por solicitud de un selecto grupo de juristas y filósofos argentinos, a raíz de estos debates. Véase COSSIO, C., “La norma y el imperativo (...)”, *op. cit.*, ps. 51-169.

(7) CRACOGNA, D., “El legado de Carlos Cossio”, *Isonomía*, nro. 12, abril de 2000, ps. 199 y 200.

(8) Es un concepto polisémico y ambiguo, que incluye variedad de posturas filosóficas, a veces encontradas entre sí. Véase LEGAZ y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 214; BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Coyoacán, Fontamara, 1999, ps. 7-24 y 37-66; y BOTERO-BERNAL, A., “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”, en Jorge Luis FABRA ZAMORA (editor general), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 68.

(9) Sobre este abordaje metodológico volveremos más adelante. Véase CIURO CALDANI, M. Á., *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia jusfilosófica de la Jusfilosofía)*. Introducción. Edad Antigua, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 1991, ps. 14 y 23. Del mismo autor, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia jusfilosófica de la Jusfilosofía)*. Edad Media. Edad Moderna, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, ps. 11, 68, 68, 98-99, 115-116, 120, 125, 134 y 167; “Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios”, *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 29, Argentina, 2006, p. 9; “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, *Investigación y Docencia*, nro. 40, Argentina, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2007, ps. 113-114; *Estrategia Jurídica*, Rosario, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, ps. 9, 11 y 197; “Significados tácticos de las teorías jurídicas”, *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, nro. 33, Argentina, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2012, p. 60.

(10) CÁRCOVA, C. M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2a edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot SA, 2009, p. 3.

la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba) y la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD), a los efectos de conmemorar el 70 aniversario de las disertaciones de Hans Kelsen en instituciones de educación superior de la Argentina y del encuentro personal entre él y Carlos Cossio.

Es preciso advertir que a pesar de lo mucho que se ha escrito sobre el encuentro y los desencuentros de ambos iusfilósofos, y de que aun cuando sus respectivas teorías ya no poseen la enorme influencia que ejercieron en el discurso teórico-jurídico iberoamericano hasta el segundo tercio del pasado siglo, siguen generando interés y debate en la literatura jurídica.

Por consiguiente, en cualquiera de los ejes temáticos propuestos en la convocatoria de este cónclave científico resulta verdaderamente difícil escoger un área en la que puedan exponerse ideas novedosas. No obstante, un balance crítico de la teoría pura del derecho y de la teoría egológica del derecho en el ámbito de la epistemología, desde nuevos planteos de posiciones teóricas, puede despertar interés y generar polémica.

El objetivo que nos proponemos con este arqueo se desdobra en dos direcciones. Por un lado, examinar la significación e implicaciones de la purificación normativista kelseniana y la purificación fenomenológica cossiana; y en el otro extremo, balancear el peso que tuvo en cada una de estas purificaciones: el desarrollo alcanzado por la epistemología en el momento de su gestación, el ambiente intelectual, las vivencias y la propia elección ideológica de sus respectivos autores.

El objetivo trazado pone de manifiesto que nuestro punto de mira no es la epistemología jurídica en sí misma. Nuestra meta es salir en la búsqueda de los núcleos conceptuales que están más allá de la epistemología jurídica kelseniana y cossiana, es decir, vamos en pos de matrices fundamentales de sentido, que suelen llamarse “paradigma de base” ⁽¹¹⁾, cuya “primera forma de localización” ⁽¹²⁾ radica en los predios de la filosofía general.

El marco teórico de primer nivel (paradigma de base) que emplearemos para extraer nuestras aserciones y evaluar las perspectivas epistemológica y axiológica kelsenianas y cossianas, es el método materialista dialéctico, propio del marxismo.

(11) ECHEVERRÍA, R., *El Búho de Minerva*, 4a edición, Chile, Lom Ediciones SA, 2004, p. 9.

(12) *ibíd.*

II. PRECISIONES Y Matices ACLARATORIOS PARA LA PESQUISA SOBRE LOS REDUCCIONISMOS EPISTEMOLÓGICOS KELSENIANO Y COSSIANO

La perspectiva de análisis que nos proponemos requiere de tres precisiones. La primera está relacionada con el uso de la categoría “paradigma de base”, que lleva implícita en contraste la de “paradigmas disciplinarios”⁽¹³⁾ y, por ende, la de “paradigmas jurídicos”; otra, relativa a la atipicidad del itinerario que supone este tipo de pesquisa frente a las que de forma tradicional y emergente se han empleado y se vienen propugnando en los predios de la filosofía del derecho; y una última, relativa a la fundamentación de los núcleos o las matrices conceptuales provenientes del método materialista dialéctico. Todos estos tópicos son amplios, complejos y controversiales y exigen un análisis pormenorizado que excede las cotas de las cavilaciones que venimos delineando. Consiguientemente, solo vamos a explicitar sus aristas fundamentales, en tanto y en cuanto resulten necesarias en la delimitación de esas coordenadas.

II.1. Primera precisión: las categorías paradigma de base y paradigmas disciplinarios

El término “paradigma científico”, del cual se derivan luego los conceptos “paradigma de base” y “paradigmas disciplinarios”, se populariza en 1962, con la obra *La estructura de las revoluciones científicas*⁽¹⁴⁾, de Thomas Samuel Kuhn (1922-1996), físico norteamericano devenido epistemólogo. El paradigma científico o “matriz disciplinal”, término que poco tiempo después utiliza para reemplazar la denominación inicial⁽¹⁵⁾, es definido por este filósofo de las ciencias, como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”⁽¹⁶⁾. Esta conceptualización representa —sin lugar a dudas— un salto evolutivo en esta área del saber filosófico al reconocer el papel de las revoluciones científicas, destacar el rol de las comunidades en que se producen y desplazar la mirada hacia la perspectiva sujeto-sujeto, centrada en el modelo de ciencia predecesor en la mera relación sujeto-objeto⁽¹⁷⁾. Pero también en ella están el lastre o

(13) *id.*

(14) KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1996.

(15) REARTE, M., “El cambio de paradigma científico y el derecho”, *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, vol. III-IV, nro. 117-118, San José, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2007, p. 198, nota 2.

(16) KUHN, T., *La estructura (...)*, *op. cit.*, p. 13.

(17) Sobre la escisión entre “racionalidad subjetiva y un objeto objetivizable” del paradigma de la ciencia moderna occidental y sus implicaciones, véase ECHEVERRÍA, R., *El Búho (...)*, *op. cit.*, ps. 26-31; y SOTOLONGO CODINA, P. L. y DELGADO DÍAZ, C. J., *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo*, La Habana, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2006, ps. 115-116.

valladar que la deja anclada en las relaciones sociales intracientíficas y le impide ver más allá. A ello se suman otras barreras que denotan puntos de vista antidialécticos: el consensualismo relativista con que operan esas comunidades; la noción circular de los paradigmas; la imposibilidad de alcanzar la verdad como correspondencia y reflejo de la realidad (agnosticismo); el no reconocimiento de la praxis y de las necesidades sociales; etcétera ⁽¹⁸⁾.

La concepción kuhniana apunta a un núcleo central de definiciones y reglas al interior de una disciplina, pero al mismo tiempo, remite a matrices fundamentales de sentido, que son muy anteriores y de las cuales esas pautas y parámetros (de la propia disciplina) son tributarios. Apoyado en esa noción y en esa diferenciación implícita, el autor chileno Rafael Echeverría efectúa una “extrapolación explícita” ⁽¹⁹⁾ y establece la distinción entre “paradigma de base” y “paradigmas disciplinarios”. La novedad, como puede advertirse, está en el primero de dichos términos. Con él, el docente del Cono Sur latinoamericano se propone establecer una categoría adecuada mediante la cual se induzca que la reflexión filosófica no es exclusiva de los filósofos, sino que incumbe y compromete a quienes se desempeñan en las ciencias particulares.

Para Echeverría, el “paradigma de base” constituye un “marco teórico de primer nivel”, caracterizado por las “diversas posiciones que responden, en términos generales, a preguntas sobre el universo”. Son, consiguientemente, una “matriz de distinciones primarias desde la cual muchas otras

(18) Véase sobre estos puntos, QUINTANILLA FISAC, M. Á., “El mito de la neutralidad de la ciencia: la responsabilidad del científico y el técnico”, *El Basilisco*, Revista de materialismo filosófico, nro. 1, 1978, ps. 52-56; MARX, C., “Tesis sobre Feuerbach”, en C. MARX - F. ENGELS, *Obras Escogidas*, Moscú, Progreso, 1980, ps. 24 y ss.; GUERASIMOV, L., “La investigación científica”, Buenos Aires, Pueblos Unidos, 1975; SHEPTULIN, A., *El método dialéctico del conocimiento*, Buenos Aires, Cartago, 1983; ANDREIEV, L., *La investigación científica*, Moscú, Progreso, 1984; NÚÑEZ JOVER, J., “Indagaciones metodológicas: acerca de las revoluciones científicas”, en *Filosofía y Ciencia*, La Habana, Ciencias Sociales, 1985, ps. 167 y ss.; KOHAN, N., “El método dialéctico de lo abstracto a lo concreto — Una aproximación”, *Dialéctica*, Revista de filosofía y teoría social, año I, nro. 2, Buenos Aires, octubre de 1992, ps. 45 y ss.; FUENTES, M., “El materialismo dialéctico y los paradigmas de Kuhn”, sitio web robertexto, 1996, p. 3, disponible en http://www.robertexto.com/archivo3/mat_dialect_kuhn.htm; ALFARO, S. O., “Gramsci y la sociología del conocimiento”, *Anthropos Moderno*, 12-12-2002, disponible en http://www.anthroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=209; FABELLO CORZO, J. R., *Los valores y sus desafíos actuales*, en Colección Insumisos Latinoamericanos, Libros en Red, 2004, ps. 164 y 165; HERNÁNDEZ, L., ROMERO, J. y BRACHO, N., “Tesis básicas del Racionalismo Crítico”, en Francisco OSORIO (Editor), *Epistemología de las ciencias sociales. Breve manual*, Chile, Ediciones UCSH, 2007, ps. 58-59; DÍAZ LAZO, R. Y., “Los límites del conocimiento científico”, en J. A. TOLEDO GARCÍA (compilador), *Filosofía y ciencias sociales. Vicisitudes epistemológicas en el siglo XXI*, La Habana, Departamento de Filosofía y Teoría Política para las ciencias Sociales y Económicas, 2008, ps. 45-46; y FRIEDEMANN, S., “De la dialéctica en Gramsci, o de cómo poner en movimiento vida y obra de un revolucionario que escribe”, en sitio web gramscimania, 09-2010, disponible en <http://gramscimania.blogspot.com/2010/09/de-la-dialectica-en-gramsci-o-de-como.html>.

(19) ECHEVERRÍA, R., *El Búho (...)*, op. cit., p. 9.

distinciones (derivativas) emergen”⁽²⁰⁾. Ello implica, como ya se dijo antes, que encuentren una “primera forma de localización en el dominio propiamente filosófico”⁽²¹⁾, pero hay que añadir que no es en él donde se localizan de forma exclusiva ni fundamental. Esto es así, en tanto y en cuanto este campo del saber lo que hace es “sistematizar lo que, de una u otra forma, se encuentra en la estructura del sentido común”, mismo que “pertenece a todos y cada uno de los hombres”⁽²²⁾. De este modo, en la relación entre sentido común, “paradigma de base” y “paradigma disciplinario” se produce una doble derivación eslabonada. En un primer eslabón, el sentido común como primario⁽²³⁾ y la filosofía como derivativa⁽²⁴⁾, y en un segundo anillo, el paradigma disciplinario como emanación o derivación de la “expresión condensada de esa racionalidad fundante”, de ese esfuerzo de sistematización de la filosofía, como área y dominio en la que primariamente se halla el paradigma de base, “directamente comprometido en la metafísica (definición de lo real), la epistemología (definición del conocimiento), la lógica (definición de los procedimientos válidos de argumentación), la ética (definiciones fundamentales sobre la existencia y el comportamiento humano) y la estética (definición sobre lo bello y lo imaginario)”⁽²⁵⁾.

II.2. Segunda precisión: la iusfilosofía desde los núcleos conceptuales primarios o desde la primicia a la experiencia jurídica

En ese entramado se halla la atipicidad del itinerario de nuestra pesquisa. No porque entrañe una novedad en el marco de esos giros, sino porque obedece a la peculiaridad de nuestro propósito. Vamos —como suscribimos oportunamente— desde los postulados de la epistemología jurídica kelseniana y cossiana a los núcleos conceptuales primarios que subyacen en ellos, que, como puede advertirse, no conforman matrices de distinciones derivativas de la iusfilosofía. Las posturas dominantes y mayoritarias en

(20) *ibíd.*, p. 10.

(21) *id.*

(22) *id.*

(23) El paradigma científico de la modernidad, al que hicimos mención al detenernos en la relación sujeto-objeto, se configuró paralelamente en otra escisión de la racionalidad subjetiva: teórica y práctica. De acuerdo con ella, se produjo la expatriación del sentido común del horizonte científico, por cuanto la científicidad exigía una veracidad contraria a este, por alimentarse de la experiencia cotidiana. Las ciencias sociales contemporáneas, cimentadas en postulados de filósofos de diferentes escuelas, como William James (1842-1910), Henri Bergson (1859-1941), John Dewey (1859-1952), Edmund Husserl (1859-1938), Alfred North Whitehead (1861-1947) y Alfred Schutz (1899-1959), entre otros, abren el expediente de repatriación del sentido común, al reconocer que en él hay “saber tácito” que se erige en “base o materia prima” de cualquier investigación. Véase SOTOLONGO CODINA, P. L. y DELGADO DÍAZ, C. J., *La revolución contemporánea (...)*, op. cit., ps. 115-116; BERMUDO ÁVILA, J. M., “La ética (...)”, op. cit., p. 180; y PARRA SABAJ, M. E., “Fundamentos epistemológicos, metodológicos y teóricos que sustentan un modelo de investigación cualitativa en las ciencias sociales”, Tesis presentada a las Facultades de Ciencias Sociales y Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, 2005, p. 244.

(24) ECHEVERRÍA, R., *El Búho (...)*, op. cit., p. 10.

(25) ECHEVERRÍA, R., *El Búho (...)*, op. cit., p. 10.

este campo del saber, explyadas en pos de determinar su naturaleza, función y definición, propugnan y defienden que los derroteros para su investigación y estudio deben ser fundamentalmente dos: uno que confiere prioridad a la aplicación de los postulados de los grandes sistemas filosóficos a los problemas generales y fundamentales del derecho, y otro que concede la primicia a la experiencia jurídica.

Desde el giro antropológico que la filosofía general experimentó hacia el siglo V a.C. en la antigua Grecia hasta los últimos cuarenta años del siglo XX se admitió la pertinencia de aplicar al ámbito jurídico —sin más mediación— los postulados esenciales de las diferentes corrientes filosóficas que se sucedieron. La situación cambia en el seno de la comunidad que cultivaba esta disciplina, especialmente con el trabajo “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”⁽²⁶⁾ (1962), del profesor turinés Norberto Bobbio. Con este artículo, el famoso profesor italiano establece una distinción entre “filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas”⁽²⁷⁾, con la que se rompe el milenarismo armisticio y se diversifican las posturas sobre el modo de hacer iusfilosofía.

En principio puede concordarse con Bobbio en que existe una dualidad de posturas, pues como sostiene el docente español Juan J. Mora Molina, la conceptualización de esta disciplina puede realizarse “desde la filosofía general” y “desde el interior de la misma”⁽²⁸⁾. En la primera perspectiva se advierte cierta uniformidad, en tanto, como regla general, se asume que su objeto formal es netamente filosófico. Los matices están dados en que suele estimarse que se configura como una filosofía segunda⁽²⁹⁾, como una de sus ramas⁽³⁰⁾ o como una “una filosofía social considerada en sentido amplio”⁽³¹⁾. Las actitudes plurales a las que aludimos, y que en buena medida excede la agrupación bobbiana, se registran en los planteos que se formulan

(26) BOBBIO, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, en *Contribución a la teoría del derecho*, compilación de artículos de Norberto Bobbio, por Alfonso RUIZ MIGUEL, Valencia, 1980, ps. 91-101.

(27) BOBBIO, N., “Naturaleza (...)”, op. cit., p. 98. Según él, en este diverso posicionamiento se oculta en realidad una diferencia más profunda: una diferencia entre dos modos de filosofar a los que con gusto llamaría monismo y pluralismo con referencia a la concepción de la realidad y racionalismo y empirismo con referencia al problema del conocimiento, añadiendo la advertencia de que el jurista, por la misma naturaleza de su investigación, se ve más inclinado hacia la primera que hacia la segunda.

(28) MORA MOLINA, J. J., “Apreciaciones críticas acerca de la relación entre la filosofía del derecho, la filosofía general y la ciencia jurídica”, *Derecho y conocimiento*, vol. 2, España, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2002, p. 311.

(29) ASTILLO CÓRDOVA, G., *Introducción a la Filosofía (Introducción al pensamiento clásico)*, Facultad de Humanidades, Universidad de Piura, 2013, p. 49.

(30) GUTIÉRREZ SÁENZ, R., *Historia de las doctrinas filosóficas*, México, Esfinge, SA, 1981, p. 21; y CASAS, Gustavo, *Introducción a la Filosofía*, Córdoba, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 2007, ps. 54-55.

(31) GONZÁLEZ URIBE, H., *Manual de Filosofía Social y Ciencias Sociales*, Recopilación, preparación y presentación Ana María E. López Fernández, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 23.

desde el interior de la filosofía del derecho. En este dominio las direcciones que se adoptan son fundamentalmente tres. La primera se suma a la consideración de que su objeto formal es estrictamente filosófico y, por ende, la catalogan como una forma de filosofía aplicada, como una disciplina de la filosofía general ⁽³²⁾, y también como teoría social ⁽³³⁾. La segunda dirección es la que propugna una “filosofía del derecho de los juristas”, esta orientación se suma a las formulaciones bobbianas y aunque reconoce en términos generales que la reflexión iusfilosófica adopta las cualidades de totalización, racionalidad y criticismo del método filosófico general, su punto de partida no es ya la filosofía misma, sino la experiencia jurídica, en tanto su misión es atender a los problemas del derecho, en aras a aportar soluciones. De esta forma, la especulación filosófico-jurídica adquiere una temática y metodología propias, que la individualizan, desgajándose de la filosofía general ⁽³⁴⁾. La última actitud que se asume desde el interior de la filosofía del derecho es la que confiere a la meditación iusfilosófica un carácter interdisciplinario, motivo por el cual, los autores que la suscriben defienden indistintamente que posee una entidad mestiza; que debe integrar los saberes sociales y los saberes de la praxis jurídica; que debe existir un equilibrio entre estos; o que debe ocupar un lugar intermedio entre unos y otros ⁽³⁵⁾.

(32) BASTIDA FREIXEDO, X., “Brevisima relación de los males de la Filosofía del Derecho o las formas entre las que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo”, Anuario de Filosofía del Derecho, nro. 18, Madrid, 2001, p. 227; ROSS, A., Sobre el derecho y la justicia, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 50; RUIZ RODRÍGUEZ, V., Filosofía del Derecho, prólogo de Víctor Rojas Amandi, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2009, ps. 73 y 229-230; COFRÉ-LAGOS, J. O., “Introducción. Idea de filosofía de Millas”, en MILLAS, J. Filosofía del Derecho, Introducción, notas y edición de Juan O. Cofré-Lagos, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, ps. 28 y 62; GREEN, L., LEITER, B. R., SHAPIRO, S. J., “Estado del Arte y Futuro de la Filosofía del Derecho”, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, nro. 11, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas Problema, enero-diciembre de 2017, ps. 627, 659, 672; VEGA, J., “La filosofía del Derecho como filosofía práctica”, *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, nro. 34, 2018, ps. 1-25.

(33) CAMPIONE, R., “Estructura y función: la filosofía del derecho como teoría social”, *Revista Estudios de Derecho*, vol. 64, nro. 143, 2007, ps. 142-179.

(34) BOBBIO, N., “Naturaleza (...)”, op. cit., ps. 91-101; PECES-BARBA, G., Introducción a la filosofía del derecho, Madrid, Debate, 1994, ps. 161, 204-205; ÁLVAREZ GARDIOL, A., Manual de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Iuris, 1998, p. 26; GUASTINI, R., “Imágenes de la teoría del derecho”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 17; AGUILERA PORTALES, R. E., “Posibilidad, sentido y actualidad de la filosofía del derecho”, *Ius et praxis*, año 13, nro. 2, 2007, p. 310; CAMPOY CERVERA, I., “Reflexiones sobre la filosofía del derecho”, Anuario de filosofía del derecho, nro. 25, año 2008-2009, Madrid, p. 460; DEL REAL ALCALÁ, J. A., “La identidad de la filosofía del derecho como materia útil para juristas”, Anuario de filosofía del derecho, nro. 27, año 2011, Madrid, ps. 84 y ss.

(35) ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Respuesta al cuestionario ‘Problemas abiertos en la filosofía del derecho’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 1, 1984, ps. 31-32; del mismo autor, “La filosofía del derecho como filosofía regional”, en sitio web *La Mirada de Peitho*, 1 de abril de 2015, ps. 1 y ss.; CIURO CALDANI, M. Á., *Estudios jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1986, ps. 29-30; GARCÍA AMADO, J. A., “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”, Anuario de filosofía del derecho, tomo VII, Madrid, 1990, ps. 261-280; del mismo autor, “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la Teoría del derecho como sucedáneo”, *Persona y derecho*, nro. 31, 1994, ps. 109-155; BASTIDA FREIXEDO, X., “Los asuntos de la filosofía del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 22, 1999, ps. 432-468; SAINZ PALACIOS, I., “Aspectos y funciones de la filosofía del derecho”, *Revista de la Fac-*

Aunque la exposición, por el fin que persigue, no admite cerrar este esbozo con un análisis crítico, sí es pertinente y preciso —con carácter positivo— hacer énfasis en la relevancia social de la filosofía del derecho. Es cierto que definir su función, estructura y naturaleza es una empresa compleja, que pretende colocarse en el marco de esa problemática. Pero en la actualidad, su significación y utilidad social, tanto en el ámbito epistemológico como en el pedagógico, trasciende la determinación de si la filosofía del derecho es una disciplina jurídica o una aplicación de la propia filosofía a las disciplinas jurídicas. Esta problemática no queda resuelta con una postura ecuménica o conciliatoria de ambos extremos. Es decir, no es suficiente con conferirle un carácter interdisciplinario o multidisciplinario (interrelación y colaboración disciplinaria). Tampoco la solución está en concederle entidad tridimensional o pluridimensional. En cualquiera de esos posicionamientos está presente el ropaje de la legalidad epistémica, en el cual subyacen cuestiones de demarcación y pertenencia, heredadas del positivismo decimonónico parcelario. Es menester plantearse la solución desde la perspectiva transdisciplinaria que exige la “unicidad del todo” y articula el paradigma del “pensamiento complejo y la diversidad”. Ello convida a desterrar de su bregar investigativo y de su enseñanza (tanto en el diseño curricular como en la organización de la docencia) la lógica monodisciplinaria y el abordaje monoperspectivístico ⁽³⁶⁾.

II.3. Tercera precisión: la vitalidad de las matrices fundamentales de sentido de la dialéctica materialista

La última precisión y matiz aclaratorio sobre la atipicidad de nuestra pesquisa, que nos hemos propuesto en este apartado, son los relativos a la toma de postura sobre el método materialista dialéctico del marxismo. Esta asunción exige un último paréntesis expositivo, dada la controversia y los cuestionamientos de que ha sido objeto y aún es este “cuerpo teórico de pensamiento” ⁽³⁷⁾.

Valernos del marxismo para encarar las cuestiones controvertidas ya expuestas y las que se expondrán en materia de epistemología, vinculadas al derecho, puede resultar paradójico y contraproducente, por tres razones

ultad de Ciencias Jurídicas, nro. 5, febrero 2000, ps. 351 y ss.; ALEXI, R., “La naturaleza de la filosofía del derecho”, traducción de Carlos Bernal Pulido, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 26, 2003, ps. 147 y ss.; BANCHIO, P. R., Introducción a la filosofía del mundo jurídico, Universidad de Belgrano, 2012, ps. 30-31; y FERRAJOLI, L., “El futuro de la filosofía del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 39, 2016, ps. 255-263.

(36) FERGUSSON, A., “Las lógicas disciplinarias y la emergencia de los paradigmas de la complejidad y la transdisciplina”, disponible en <https://www.wordpress.com/2012/08/las-lc3b3gicas-disciplinarias-y-la-emergencia-de-los-paradigmas-de-la-complejidad-y-la-transdisciplina-1.pdf> y MEJÍA QUINTANA, O., “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho”, *Pensamiento Jurídico*, nro. 16, 2006, p. 32.

(37) MARTÍNEZ HEREDIA, F., *El corrimiento hacia el rojo*, La Habana, Letras Cubanas, 2001, p. 87.

fundamentales: en primer lugar, por las fracturas existentes en esta tradición de pensamiento debido a los forcejeos entre las obras de sus precursores (Marx y Engels) y sus intérpretes ⁽³⁸⁾; en segundo término, por la proble-

(38) Tanto su universo teórico y político como su propia nomenclatura resultan complejas y problemáticas. En esta complejidad y problematicidad están implícitas varias cuestiones, entre las que sobresalen: uno, la articulación y síntesis en un solo cuerpo teórico y político de corrientes de pensamiento y tradiciones culturales de muy diversa etiología y proyección en el mundo occidental (la utopía del cristianismo y del socialismo utópico; el historicismo hegeliano; y el cientificismo positivista); dos, la existencia de tensiones en los postulados teórico-políticos de Karl Marx (1818-1883) como consecuencia de esa condensación; tres, el carácter inacabado o inconcluso de la obra de Marx; cuatro, la indefinición de nociones nodales de su andamiaje conceptual, punto vitalísimo por tratarse de una filosofía de nuevo tipo (así, por ejemplo, “clase social, totalidad, ideología, democracia, dictadura del proletariado, formación social, forma social, formación económica de la sociedad, crítica, ley, tendencia, filosofía, etc.”); y cinco, la forma en que fueron publicados los más de 24 textos cruciales que conforman su quehacer especulativo. Durante su vida fueron publicados 11, después de su muerte cinco y en el siglo XX diez. Así, por ejemplo, los *Grundrisse* (Elementos fundamentales para la crítica de la economía política), 1857-1858, aunque no se escribieron, según el propio Marx, para su publicación, sino para su propio esclarecimiento, no se publicaron hasta esta centuria. Su publicación, a pesar de lo dicho por el autor, hubiera permitido mayor precisión en la interpretación de sus postulados, sobre todo si se tiene en cuenta que fueron los últimos escritos fundamentales del Marx maduro y que constituyeron un borrador preliminar del Prólogo a la crítica de la economía política. Consiguientemente, se han producido lecturas, interpretaciones y desarrollos del pensamiento de Marx fragmentados, adecuados a las distintas experiencias y circunstancias históricas, simplistas, reduccionistas, enriquecedoras y empobrecedoras, que conforman una amplia gama de corrientes que se entrecruzan, algunas realmente fieles a su ideario, pero otras lo contradicen, lo deforman y lo distorsionan, cual si fueran verdaderas herejías. Por eso, tanto marxistas como no marxistas concuerdan en señalar que existe una pluralidad de marxismos, entre los que se pueden destacar: el marxismo clásico; el marxismo de la segunda generación; el marxismo occidental; el marxismo soviético o estalinista; el marxismo analítico; y el posmarxismo. También con criterios más tópicos y ligados a sus cultivos se colocan en el inventario otras variantes como el “trotskismo”; el “eurocomunismo”; el “althusserianismo”; el “maoísmo”; y el “austromarxismo”; etcétera. Del proyecto global anunciado por Marx en su “Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política”, solo alcanza a desarrollar lo relativo a la base económica de la sociedad, es decir, su primera parte. Por eso, más que inconcluso, podría sostenerse que su proyecto quedó en sus fases iniciales, por lo que es posible afirmar con István Mészáros, que no pudo “reflejar adecuadamente sus intenciones manifiestas”. Véase LENIN, V. I., “Tres fuentes y tres partes integrantes del marxismo”, en *Obras Escogidas*, tomo I, Moscú, Progreso, 1961, ps. 61-65; VARGAS LOZANO, G., “Marx y el marxismo, Introducción al debate actual (I)”, *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año IV, nro. 7, diciembre de 1979, México, ps. 28-33; MARX, C., “Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política”, en C. MARX - F. ENGELS, *Obras Escogidas*, Moscú, Progreso, 1980, p. 182; GORZ, A., “Adiós al proletariado”, Barcelona, El Viejo Topo, 1981, p. 26; LACLAU, E. y MOUFFE, C., “Hegemonía y estrategia socialista hacia una radicalización de la democracia”, Madrid, Siglo XXI, 1987, p. 13; DE LA GARZA TOLEDO, E., “Los retos del marxismo en metodología”, *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año XIII, nro. 19, julio de 1988, México, p. 81; CUEVA, A., “Las democracias restringidas de América Latina. Elementos para una reflexión crítica”, Letraviva, Planeta del Ecuador, 1988, p. 85; HELLER, A., “Una revisión de la teoría de las necesidades”, traducido por Ángel Rivero Rodríguez, Barcelona, Paidós, 1996, ps. 10 y 21-23; ZAFFARONI, E. R., “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”, 2a reimpression, Buenos Aires, EDIAR, 1998, ps. 55-56; GUIMARÃES, J., “Marxismo y democracia: un nuevo campo analítico-normativo para el siglo XXI”, en A. A. BORÓN, *Filosofía política contemporánea. Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2003, p. 204; GUARIGLIA, O., “Kantismo”, en V. CAMPS, O. GUARIGLIA y SALMERÓN, F. (Editores), *Concepciones de la ética*, 1a reimpression, Trotta, S.A., 2004, p. 57; BORÓN, A. A., “Estado, capitalismo y democracia en América Latina”, 3a edición, Buenos Aires, Argentina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2005, ps. 348-349, 357; AMADEO, J., “Mapeando el marxismo”, en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S. GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*, Buenos Aires, CLACSO, 2006, ps. 54-90; FERNÁNDEZ BUEY, F., “Marx y los marxismos. Una reflexión para el siglo XXI”, en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S.

matización de su vitalidad para afrontar la explicación y la solución de los conflictos sociales de la era posmoderna, tras el fracaso de los socialismos reales del este de Europa ⁽³⁹⁾; y en tercer peldaño, por el hecho de que sus fundadores no produjeron trabajos específicos sobre esta materia y ni tan siquiera la tematizaron. Pero de todas estas razones, solo nos detendremos en la última de ellas, por sus implicaciones en lo que ahora es objeto de nuestra atención.

GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy (...)*, op. cit., ps. 191-196; LANDER, E., "Marxismo, eurocentrismo y colonialismo", en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S. GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy (...)*, op. cit., ps. 216-221; KATZ, C., "La democracia socialista del siglo XXI", *Cuba Siglo XXI*, revista de trabajos científicos sobre diversas facetas de la sociedad cubana y latinoamericana, "Marx siglo XXI", julio 2007, p. 6, disponible en http://www.nodo50.org/cubasingloXXI/taller/katz_300607.pdf; GALLARDO, Á., "Políticas distributivas, marxismo de elección racional y marxismo clásico: un análisis comparativo", *Revista de Economía Institucional*, vol. 9, nro. 17, segundo semestre/2007, ps. 213-240; HOBBSAWM, E. J., "Introducción", en *Formaciones económicas precapitalistas*, Karl Marx, 7a reimpression, México, D. F., Siglo XXI editores, S.A. de C.V., 2009, ps. 9-18; y MÉSZÁROS, I., "Más allá del capital. Hacia una teoría de la transición", tomo I, traducción realizada por Editorial Vadell, pasado-presente 21, Bolivia, 2010, p. VI; GONZÁLEZ URIBE, H., "Manual de Filosofía (...)", op. cit., p. 125; y FABELO CORZO, J. R., "Los valores (...)", op. cit., p. 61.

(39) Con el fracaso de los socialismos reales del este de Europa vino sobre el marxismo un "Midas del fango", con el que sus adversarios llegaron a certificar su definitiva defunción bajo las ruinas del muro de Berlín (por el agotamiento de su arsenal teórico y por su obsolescencia para orientar cambios de emancipación y radicalización de la sociedad capitalista). Pero en realidad, la llamada "crisis del paradigma marxista" es algo que ya se venía vaticinando desde décadas anteriores, y que no se explica únicamente por la hecatombe del socialismo real. No obstante, lo que sí puso de manifiesto este colapso fue la crisis de toda una experiencia basada en un marxismo estalinista, reducido a manuales, dogmatizado, fetichizado y osificado; y eso es precisamente lo que quedó sepultado bajo el muro germano. Desde esta perspectiva de análisis, puede sostenerse que, purgado de esos vicios y corruptelas, el marxismo, lejos de ser un paradigma en crisis, renace de esas ruinas como un paradigma con pleno vigor para afrontar la elucidación de los nuevos conflictos y problemas asociados a la crisis global del siglo XXI. Sobre estos sucesos, sus implicaciones y la vitalidad de las tesis de esta cosmovisión, véase SARTRE, J. P., *Crítica de la razón dialéctica*, Buenos Aires, Losada, 1963, ps. 17 y 34; ROMANÍ, R., "¿Crisis del marxismo? Entrevista filosófico-política con Umberto Cerroni, primera parte", *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año VI, nro. 11, diciembre 1981, México, ps. 171, 173 y ss., 195 y ss., 213 y ss.; VITALE, L., "El dogmatismo en crisis", *Expresamente*, nro. 8, junio 1988, Caracas, ps. 1 y ss.; ANDERSON, P., "¿Existe una crisis del marxismo?", *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año V, nro. 9, México, diciembre 1980, ps. 145 y ss.; LABICA, G., "¿Tiene aún futuro la filosofía del marxismo?", *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año X, nro. 5, diciembre de 1985, México, ps. 66 y ss.; BURAWOY, M., "El marxismo como ciencia: desafíos históricos y desarrollo teórico", traducción de Alan Rush, *American Sociological Review*, vol. 55, nro. 6, diciembre 1990, ps. 775-793; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A., "¿De qué socialismo hablamos?", *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año 15, nro. 21, México, invierno de 1991, ps. 7 y ss.; LOWY, M., "Doce tesis sobre la crisis del socialismo realmente existente", *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año 15, nro. 21, México, invierno de 1991, ps. 49 y ss.; DE LA GARZA TOLEDO, E., "La crisis del socialismo real, retos para el marxismo", *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año 15, nro. 21, México, invierno de 1991, ps. 73 y ss.; ACANDA, J. L., "¿Qué marxismo está en crisis?", *revista Debates Americanos*, nro. 1, La Habana, enero-junio de 1995, ps. 60 y ss.; BORÓN, A. A., "Clase inaugural: por el necesario (y demorado) retorno al marxismo", en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S. GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy (...)*, op. cit., p. 37; y MORALES DOMÍNGUEZ, E., "La llamada crisis del marxismo y las ciencias sociales", publicado por el sitio web del Centro de Estudios de Estados Unidos (CESEU), Universidad de La Habana, Cuba, s/f., ps. 1 y ss.; MARTÍNEZ HEREDIA, F., "El corrimiento (...)", op. cit., p. 103; AMADEO, J., "Mapeando (...)", op. cit., ps. 59-61, y LANDER, E., "Marxismo (...)", op. cit., ps. 216-222.

No parece que Marx se haya propuesto crear un sistema filosófico estructurado a la manera en que la filosofía del mundo occidental lo concibió desde Platón y Aristóteles ⁽⁴⁰⁾ (física-ontología; lógica-epistemología y ética-axiología). Ello, junto al carácter inconcluso de su obra, es elemento a tener en cuenta para comprender la ausencia de tematización y sistematización de las cuestiones epistemológicas.

Es indiscutible que “Marx nunca escribió un tratado específico de epistemología” ⁽⁴¹⁾, como bien sostiene Néstor Kohan. Pero también es irrefutable que en los trabajos en los que pudo explicitar su pensamiento existen postulados de una epistemología radical para el análisis de las realidades sociales, sobre los que se han producido innumerables y disímiles lecturas. Estas comienzan tempranamente, aun estando vivo ⁽⁴²⁾, y se refuerzan luego de su muerte, en pos de la “búsqueda del verdadero Marx” ⁽⁴³⁾, en un intento de despejar las tensiones y complejidades de su pensamiento ⁽⁴⁴⁾. En

(40) VARGAS LOZANO, G., “Marxismo y filosofía al final del siglo XX”, *Dialéctica*, revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, Año 15, nro. 21, invierno de 1991, México, p. 94.

(41) KOHAN, N., *Marx en su (Tercer) Mundo. Hacia un socialismo no colonizado*, 2a edición (corregida y aumentada), La Habana, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2003, p. 92. Quizá pueda ser esa la razón por la que algunos autores no contemplan al marxismo cuando abordan las controversias más significativas que en este orden se desarrollaron durante los siglos XIX y XX.

(42) Se alude a la “naturalización de la historia” llevada a cabo por Friedrich Engels (1820-1895) en el *Anti-Dühring* (1877) y en *Dialéctica de la naturaleza* (entre 1873 y 1882). Esto puede dar lugar a la tendencia moderna de contraponer Engels a Marx, como atinadamente señala Eric J. Hobsbawm, pero hay que tener en consideración que ambos trabajos no solo fueron redactados estando vivo Marx, sino que los conoció e incluso colaboró en su concepción. Por lo que, en definitiva, no queda otra opción que aceptar lo dicho por Colletti en cuanto a que “en Marx existen áreas críticas de inseguridad y confusión sobre la dialéctica”. Sobre este punto, puede consultarse ENGELS, F., *Anti-Dühring*, versión española de la tercera edición alemana de 1894, revisada y completada por el autor, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Pueblo y Educación, 1975, del mismo autor: *Dialéctica de la naturaleza*, México, Grijalbo, 1961; Kohan, N., *Marx en su (Tercer) Mundo (...)*, op. cit., p. 32; ANDERSON, P., “Entrevista político-filosófica con Lucio Colletti”, *Cuadernos Políticos*, nro. 4, México, D.F., julio-septiembre de 1975, ps. 15-16; BENSÁID, D., “Una mirada a la historia y la lucha de clases”, en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S. GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy (...)*, op. cit., p. 258; LÓPEZ, J., “¿Reforma o revolución?” *Democracia*, Wordpress, septiembre de 2011, p. 504; HOBBSAWM, E. J., “Introducción”, en *Escritos sobre la Comunidad Ancestral*, La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2015, ps. 44-45.

(43) LANDER, E., “Marxismo (...)” op. cit., p. 237.

(44) A modo de ilustración: los intentos de pesquisa de un “Marx científico” y un “Marx crítico” que se hacen tangibles en la II Internacional Socialista (en 1899), en los trabajos de los alemanes Karl Kautsky (1854-1938) y Edward Bernstein (1850-1932), y del ruso Georgi V. Plejánov (1856-1918). Kautsky; la institucionalización del Diamat (materialismo dialéctico) y del Histomat (materialismo histórico) por el marxismo soviético oficial (también conocido como dogmático o estalinista); las que se enfrentan a este (marxismo occidental, revisionistas, neomarxismo, etc.), agrupadas bajo el rótulo de “marxismo crítico” y catalogadas de “Anti-Cristo” (Burawoy); la relectura de Marx con el método estructuralista del francés Louis Althusser (1918-1990); la lectura habermasiana bajo el prisma amalgamado de la “filosofía analítica del lenguaje, la sociología funcionalista y la teoría weberiana del proceso de racionalización” (Amadeo); la del “marxismo analítico” (o “marxismo de elección racional) de Jon Elster, Norman Geras y Gerald Alan Cohen en el ámbito anglosajón; y más recientemente, la de quienes se autoproclaman “post-marxistas”: Ernesto Laclau, Chantal Mouffe, Michael Hardt, Antonio Negri, Jean L. Cohen y Adrew Arato. Véase, SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A., “Ética y marxismo”, en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S. GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy (...)*, op. cit., p. 301; del

ello están presentes —en términos generales— los factores antes expuestos sobre las interpretaciones de los textos marxianos y su saldo es también muy similar; a lo que se suma el hecho de que el “marxismo es un cuerpo teórico de pensamiento, a la vez que una ideología teorizada” ⁽⁴⁵⁾. En ese entramado se hallan los postulados de la epistemología radical marxiana a la que aludimos ⁽⁴⁶⁾; sus matrices fundamentales de sentido son:

- La concepción de totalidad abierta y dinámica, a partir de la interpretación materialista a la lógica dialéctica hegeliana, basada en una concepción holística, sistémica y dinámica del proceso del conocimiento ⁽⁴⁷⁾.

- La recuperación de la historicidad de lo social frente a la linealidad, el determinismo, el teleologismo, el evolucionismo y la ingenuidad, de los paradigmas filosóficos que imperaron sucesiva o simultáneamente durante los siglos XVIII y XIX ⁽⁴⁸⁾.

mismo autor: “El concepto de praxis en Lenin”, *Diánoia*, vol. 25, nro. 25, 1979, ps. 49-52; KOHAN, N., Marx en su (Tercer) Mundo (...), op. cit., ps. 36-40; LANDER, E., “Marxismo (...)”, op. cit., ps. 221-224 y 226-227; ESTERMANN, J., *Historia de la filosofía*, tomo 3 (...), ps. 113-116; VARGAS LOZANO, G., “Marxismo y filosofía (...)”, op. cit., ps. 95-96 y 102; AMADEO, J., “Mapeando (...)”, op. cit., ps. 62, 74-75, 77-79 y 87, nota 15; BURAWOY, M., “El marxismo como ciencia (...)”, op. cit., ps. 787-790; PEREYRA, C., “Ideología y ciencia”, *Cuadernos Políticos*, Ediciones Era, nro. 10, México, D.F., octubre-diciembre de 1976, ps. 25-32; BORÓN, A. A., “Teoría política marxista o teoría marxista de la política”, en A. A. BORÓN, J. AMADEO, S. GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy* (...), op. cit., p. 179; del mismo autor: “Filosofía política y crítica de la sociedad burguesa: el legado teórico de Karl Marx”, en A. A. BORÓN (organizador), *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Departamento de Ciencias Políticas, Facultad de Filosofía Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo, 2006, p. 295; DOMÍNGUEZ GARCÍA, L., *Psicología del Desarrollo Problemas, Principios y Categorías*, La Habana, Félix Varela, 2007, ps. 4, 50, 53, 54 y 63; y ACANDA GONZÁLEZ, J. L., “Ética y política en la sociedad civil. Las funciones de la idea de sociedad civil en la teoría política marxista”, en José A. TOLEDO GARCÍA, cit., p. 312.

(45) MARTÍNEZ HEREDIA, F., *El corrimiento* (...), op. cit., p. 87.

(46) Reclinarnos en los elementos de uno u otro extremo, haciendo valer la cientificidad del quehacer especulativo sobre la dimensión ideo-política, y viceversa, conduce no solo a un “ejercicio escolástico inútil”, sino que lo que “hace es unilateralizar el pensamiento de Marx, distorsionándolo”, como atinadamente precisa Edgardo Lander —LANDER, E., “Marxismo (...)”, op. cit., p. 237—.

(47) Para más precisiones, MARX, C., *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858*, traducción Scarón, Aricó, Murmis, México, Siglo XXI Editores, S.A., 1987; del mismo autor, *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*, traducción de José Aricó y Jorge Tula, 21a edición, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México-España-Colombia, 1989; DUSSEL, E., “El método dialéctico de lo abstracto a lo concreto”, Capítulo II, en *La producción teórica de Marx. —Un comentario a los Grundrisse—*, México, Siglo XXI Editores, S.A., 1985, ps. 48-64; CURI, U., “La crítica marxiana de la economía política en la *Einleitung*”, en *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*, Karl Marx, traducción de José Aricó y Jorge Tula, 21a edición, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México-España-Colombia, 1989, ps. 9 y ss.; BORÓN, A. A., “Clase inaugural: por el necesario (y demorado) retorno al marxismo” (...), ps. 49-50; SOTOLONGO CODINA, P. L. y DELGADO DÍAZ, C. J., *La revolución contemporánea* (...), op. cit., p. 53; KOHAN, N., Marx en su (Tercer) Mundo (...), op. cit., p. 93 (se sustituyen comillas por cursivas); y GRÜNER, E., “Lecturas culpables, marx(ismos) y la praxis del conocimiento”, en A. A. BORÓN, Javier AMADEO, Sabrina GONZÁLEZ (compiladores), *La teoría marxista hoy* (...), op. cit., p. 128.

(48) Con más detenimiento, MARX, C., “Introducción general a la crítica de la economía política/1857”, op. cit., p. 82; GRÜNER, E., “Lecturas culpables (...)”, op. cit., p. 137; KOHAN, N., “Marx en su (Tercer) Mundo (...)”, cit., ps. 85 y ss., y BORÓN, A. A., “Clase inaugural (...)”, op. cit., ps. 43-45 y 50-51.

- La centralidad (o primacía) de la praxis en el proceso gnoseológico y en las transformaciones sociales, y consiguientemente, para los destinos de toda sociedad ⁽⁴⁹⁾.

- El pensamiento interdisciplinario que se erige en la coimplicación constitutiva de la teoría y la práctica y en la sociedad como una totalidad (abierta y dinámica) ⁽⁵⁰⁾.

- La crítica revolucionaria, subversiva y emancipatoria sin precedentes en los saberes de la filosofía y las ciencias sociales ⁽⁵¹⁾.

El estatus conferido a la dimensión utópica en el marco de la explicación teórica, como “la propensión humana a levantarse sobre sus condiciones de existencia y trascenderlas, y su capacidad de prefigurar un mundo mejor” ⁽⁵²⁾.

- La interpretación del mundo —en el marco de la teoría del conocimiento— como construcción sociohistóricamente situada ⁽⁵³⁾.

(49) Consúltese MARX, C., “Tesis sobre Feuerbach”, op. cit., ps. 24 y 26; KOHAN, N., Marx en su (Tercer) Mundo (...), op. cit., ps. 78 y ss.; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A. “Ética y marxismo”, op. cit., ps. 302-303; BORÓN, A. A., “Filosofía política (...)”, op. cit., p. 295; GRÜNER, E., “Lecturas culpables (...)”, op. cit., ps. 106-108 y 138-139; VARGAS LOZANO, G., “Marxismo y filosofía (...)”, op. cit., p. 107; y SOTOLONGO CODINA, P. L. y DELGADO DÍAZ, C. J., La revolución contemporánea (...), op. cit., ps. 87-88.

(50) Puede que el desarrollo de la ciencia no haya permitido a Marx propugnar la transdisciplinariedad, pero ello no autoriza a considerar sus postulados gnoseológicos como obsoletos, pues, lo que sí está explicitado en ellos es la multidimensionalidad de los fenómenos, la denuncia a la vulgar simplificación de la realidad social, de sus unilateralidades y fragmentación o parcelación de su estudio conforme a las tesis hegemónicas sobre la teoría del conocimiento en el siglo XIX. Véase VARGAS LOZANO, G., “Marxismo y filosofía (...)”, op. cit., p. 106; LANDER, E., “Marxismo (...)”, op. cit., p. 235; BORÓN, A. A., “Clase inaugural (...)”, op. cit., ps. 49-50; y TOLEDO, J. A., “La Filosofía y el nuevo giro epistemológico de comprensión de la realidad”, en J. A. TOLEDO GARCÍA (compilador), Filosofía y Ciencias Sociales (...), op. cit., ps. 155 y 165.

(51) En las obras de Marx y de Engels hay un cuestionamiento amplio (sino total) y radical al saber ortodoxo. Su crítica es rebelde e irreverente y se dirige a los saberes económicos, políticos, filosóficos y religiosos de su contemporaneidad. Con más precisiones, GRÜNER, E., “Lecturas culpables (...)”, p. 136; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A., “Ética y marxismo”, op. cit., p. 302; VARGAS LOZANO, G., “Marxismo y filosofía (...)”, op. cit., p. 107; RIVAYA GARCÍA, B., “Sobre el carácter crítico de la filosofía del derecho”, Revista de Derecho UNED, nro. 1, 2006, p. 283; HOLLOWAY, J., Fundamentos teóricos para una crítica marxista de la administración pública, 1a edición, México, Instituto Nacional de Administración Pública, Sección mexicana del Instituto, Internacional de Ciencias Administrativas, 1982, ps. 20, 36, 38, 43 y 87; y LENIN, V. I., “Del artículo Carlos Marx (breve esbozo biográfico con una exposición del marxismo)”, en C. MARX - F. ENGELS, Obras Escogidas, op. cit., p. 8.

(52) MARTÍNEZ HEREDIA, F., Pensar en tiempo de Revolución: antología esencial, compilado por Magdiel Sánchez Quiróz, 1a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2018, p. 225. También en esta dirección, SOTOLONGO CODINA, P. L. y DELGADO DÍAZ, C. J., La revolución contemporánea (...), op. cit., ps. 106-107; BORÓN, A. A., “Clase inaugural (...)”, op. cit., p. 188; VARGAS LOZANO, G., “Marxismo y filosofía (...)”, op. cit., p. 107; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A., “Ética y marxismo”, op. cit., p. 302; y DEL ÁGUILA TEJERINA, R., “Crítica y reivindicación de la utopía: la racionalidad del pensamiento utópico”, Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS), nro. 25, “Estudios”, 1984, ps. 37-40.

(53) GRÜNER, E., “Lecturas culpables (...)”, op. cit., p. 105; DUEK, M. C. y INDA, G., “Lectura de Marx: tras el concepto de clases sociales”, Theorein, Revista de Ciencias Sociales, 1 (I), ps. 145-178; y de las mismas autoras: “¿Desembarazarse de Marx? Avatares del concepto de clases sociales”, Conflicto Social, Año 2, nro. 1, Revista del Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social, Instituto

Estas matrices conceptuales han sido desarrolladas de forma enriquecedora, en un ademán ajeno al dogmatismo y la osificación que caracterizó al marxismo canonizado por el estalinismo, por un grupo de intelectuales de diferentes latitudes, entre los que se destacan: E. V. Ilienkov ⁽⁵⁴⁾ e I. Andréiev ⁽⁵⁵⁾, en la antigua Unión Soviética; Gustavo Bueno ⁽⁵⁶⁾, en España; Néstor Kohan ⁽⁵⁷⁾, en la Argentina; y en Cuba Zaira Rodríguez Ugidos ⁽⁵⁸⁾, Jorge Núñez Jover ⁽⁵⁹⁾ y Carlos Jesús Delgado Díaz ⁽⁶⁰⁾.

III. EL REDUCCIONISMO NORMATIVO KELSENIANO Y EL REDUCCIONISMO EGOLÓGICO COSSIANO COMO SEGMENTOS DE LA EPOPEYA PURIFICADORA

La postura epistemológica de Hans Kelsen, desde la perspectiva del paradigma del pensamiento complejo de Edgar Morin ⁽⁶¹⁾, es evaluada mayoritariamente como una “simplicidad pura” o que se registra en el “para-

de Investigaciones Gino Germani - Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, junio 2009, ps. 26-55.

(54) ILIENKOV, E. V., *Lógica Dialéctica. Ensayos de historia y teoría*, Moscú, Mir, 1977; del mismo autor, “El problema de lo ideal”, 1a Parte, *Revista Voprosi Filosofii*, nro. 6, 1979, ps. 128-140; “Lenin y la concepción hegeliana del pensamiento”, *Serie Problemas del mundo contemporáneo*, nro. 32, 1979, ps. 162-178; Hegel y el objeto de estudio de la Lógica, traducción del ruso de Eduardo de los Santos Albert, La Habana, 1984; *Lógica Dialéctica*, La Habana, Ciencias Sociales, 1984; y *Lo abstracto y lo concreto en la lógica dialéctica*, Apéndice a la vieja edición de *Lógica dialéctica*, traducción de Eduardo A. Santos, s/f.

(55) ANDRÉIEV, L., *La investigación científica*, Moscú, Progreso, 1984; del mismo autor, *Problemas lógicos del conocimiento científico*, Moscú, Progreso, 1984.

(56) BUENO, G., *Teoría del cierre categorial. Introducción general. Siete enfoques en el estudio de la ciencia*, vol. 1, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 1992.

(57) Los trabajos que venimos citando —Marx en su (Tercer) Mundo. Hacia un socialismo no colonizado y “El método dialéctico de lo abstracto a lo concreto - Una aproximación”—.

(58) RODRÍGUEZ UGIDOS, Z., “El dilema superado”, *Dialéctica, Revista de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla*, Año IX, nro. 16, diciembre de 1984, México, ps. 135 y ss.; de la misma autora, *El problema de la naturaleza específica del conocimiento filosófico*, Universidad de La Habana, 1984; *Filosofía, Ciencia y Valor*, La Habana, Ciencias Sociales, 1985; y *Problemas de la lógica dialéctica*, La Habana, Pueblo y Educación, 1986.

(59) NÚÑEZ JOVER, J., “Indagaciones metodológicas (...)”, op. cit., ps. 167 y ss.; del mismo autor, *Interpretación teórica de la ciencia*, La Habana, Ciencias Sociales, 1989; “Filosofía, ciencia y desarrollo social en América Latina”, Tesis de doctorado, Universidad de La Habana, La Habana, 1991; *Epistemología y Educación. Lo que la educación científica no debe olvidar, material docente para Curso de Postgrado*, La Habana, Universidad de La Habana, Dirección de Postgrado, 1999; *La ciencia y la tecnología como procesos sociales*, La Habana, Félix Varela, 1999; *Filosofía y Estudios sociales de la Ciencia*, La Habana, Cátedra de CTS + I de la Universidad de La Habana, 2008.

(60) DELGADO DÍAZ, C. J., “La filosofía del marxismo ante la revolución del saber contemporáneo”, Ponencia presentada en la Cátedra de Complejidad del Instituto de Filosofía de Cuba, La Habana, 2002; del mismo autor, “La importancia política de las cosas pequeñas”, *Memorias en CD-ROOM del Palacio de las Convenciones de La Habana*, La Habana, 2004; “La epistemología y la ciencia política: una aproximación en la primera década del siglo XXI”, en *El estado del arte de la ciencia política*, La Habana, Félix Varela, 2005; Programa del curso de Postgrado: *La Revolución contemporánea del Saber: Bioética, Complejidad, Epistemología de segundo orden y Holismo ambiental*, Universidad de La Habana, La Habana, 2009; y en coautoría con Pedro Luís SOTOLONGO CODINA, el trabajo *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo*, cit.

(61) MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2005.

digma de la simplificación”⁽⁶²⁾. Con Cossio, no acontece lo mismo. Para un importante número de autores, su teoría egológica del derecho se configura como uno de los modelos de las teorías unificantes, integradoras o integrativas⁽⁶³⁾; por el hecho de compartir con estas la pretensión de superar los solipsismos o unilateralismos del estudio del derecho, no solo como norma, sino también como valor y como hecho jurídico. Se sostiene que todas estas posturas, y también la egológica, al encarar estos unilateralismos o unidimensionalismos suponen un giro epistemológico que transita del culto a la “simplicidad pura” al de la “complejidad pura”⁽⁶⁴⁾. Cossio asume este giro —según sus propias advertencias— a través de una purificación fenomenológica. Se trata —tal y como veremos con más detenimiento— de una “purificación trascendental de las vivencias”⁽⁶⁵⁾, que tiene su asidero en la “fenomenalidad pura” de los cultores de la fenomenología. Quizá por este tipo de elección purificadora, otros autores, al referirse a esta familia de teorías, omiten mencionar la teoría de Cossio⁽⁶⁶⁾.

Kelsen, con su teoría pura, asume una “purificación metodológica” dirigida a alcanzar la “normatividad pura”, para de ese modo defender el estatuto científico del derecho. Cossio, en contraposición, con argumentos egoló-

(62) Por todos: CARDENAL MONTRAVETA, S., “El tipo penal (...)”, op. cit., p. 12; NOVELLI, M. H., “La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 28, Buenos Aires, 2005, ps. 116-117; CIURO CALDANI, M. Á., “Bases de la integración jurídica (...)”, op. cit., p. 9; del mismo autor, “Significados tácticos (...)”, op. cit., p. 60; REARTE, M., “El cambio de paradigma (...)”, op. cit., p. 208; BANCHIO, P. R., Introducción a la filosofía (...), op. cit., ps. 34-36; ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “La teoría pura del derecho kelseniana como principio de desideologización: entre la intención y la imposibilidad”, *Amicus Curiae*, vol. 11, 2014, p. 9; GALATI, E., “Tridimensionalismo y trialismo desde el pensamiento complejo y el estructuralismo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nro. 21, 2018, ps. 165-183.

(63) CARDENAL MONTRAVETA, S., “El tipo penal (...)”, op. cit., p. 12; PISI de CATALINÍ, M., “La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale”, *Cuyo: Anuario de filosofía argentina y americana*, vol. 8-9, 1991-1992, ps. 49-90; GARATE, R. M., “Una reflexión sobre los valores jurídicos”, *Anales*, nro. 41, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2011, p. 351; CIURO CALDANI, M. Á., “Razones del trialismo”, *Investigación y Docencia*, nro. 52, Buenos Aires, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2016/2017, p. 128; GALATI, E., “Tridimensionalismo (...)”, ps. 167 y 170; entre otros.

(64) NOVELLI, M. H., “La teoría trialista (...)”, op. cit., ps. 116-117; CIURO CALDANI, M. Á., “Bases de la integración jurídica (...)”, op. cit., p. 9; del mismo autor, “Significados tácticos (...)”, op. cit., p. 60; y “Acerca de los prefijos en el derecho (Diversas posibilidades expresivas para el Derecho —Por caminos del empirismo y el nominalismo)”, *Investigación y Docencia*, nro. 50, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 2015, ps. 20-21; GARTNER LÓPEZ, J. H., “Hacia una revaloración ontológica del tridimensionalismo iusfilosófico como respuesta a los grandes retos del derecho actual. Estado del arte”, *Universidad Sergio Arboleda*, 7 (13), Bogotá, julio-diciembre de 2007, ps. 193 y 210; REARTE, M., “El cambio de paradigma (...)”, op. cit., p. 209; y ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “La teoría pura del derecho (...)”, op. cit., p. 10.

(65) POSADA VARELA, P., “La especificidad de lo fenomenológico. Sobre la fidelidad de Marc Richir al proyecto husserliano”, *Eikasia. Revista de Filosofía*, nro. 74, 2017, p. 246.

(66) Así, por ejemplo, IRURZUM, V. J., *Sociedad y derecho*, 2a edición, Buenos Aires, Troquel S.A., 1970, ps. 24-28; David, P. R., *Criminología y sociedad*, prólogo y revisión a cargo del Dr. Guillermo Rafael Navarro, Buenos Aires, Pensamiento Jurídico Editora, 1979, p. 15; del mismo autor, *Sociología jurídica. Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual*, Buenos Aires, Astrea, 1980, ps. 237 y ss.

gicos, denuncia las falencias de su método purificador y pone de relieve sus consecuencias simplificadoras. Esta empresa la emprende con otro método purificador encaminado a lograr una “fenomenalidad pura”, que le confiera otra cualidad a las entidades que resultaron depuradas por la purificación normativista (la libertad, la conducta y el valor). El problema que se plantea, y es aquí donde se contraponen los alegatos sobre el encuadramiento de la egología cossiana, es si esta no es una purificación simplificadora o reduccionista y hasta dónde ella supera el solipsismo o unilateralismo positivista kelseniano.

III.1. Breve exposición de las actitudes epistemológicas previas a los reduccionismos jurídicos positivistas y fenomenológicos

A los efectos de ganar en elementos de juicio para posicionarnos en esta confrontación, vamos a incursionar brevemente en la sucesión de las actitudes epistemológicas, hasta alcanzar el segmento histórico en que ambos desarrollan sus respectivas posturas.

Desde los estadios prehistóricos estuvieron dadas las premisas epistemológicas, ideológicas y sociales para el despliegue de dispositivos cognitivos de adaptación unilateral y multilateral a la realidad, en concordancia con el desarrollo intelectual y lingüístico del ser humano ⁽⁶⁷⁾; en un primer momento, cuando los hombres pueden cubrir sus necesidades más apremiantes a través de los conocimientos que emanan de su actividad cotidiana. La totalidad es un “estado de involucración de todas las cosas en todas las demás” ⁽⁶⁸⁾, que por inaccesible inspira respeto y temor en los sujetos que la protagonizaron. Esta fase originaria es identificada como pensamiento o saber supersticioso ⁽⁶⁹⁾.

Con el tránsito a la vida sedentaria y a las primeras formas de organización social se desarrollan los códigos orales y visuales; se hace más fértil la imaginación de los individuos; surgen nuevas necesidades materiales y espirituales; y el hombre toma conciencia de que con la experiencia resultante de su bregar empírico diario ya no es capaz de encarar las vicisitudes naturales y las conflictividades sociales ⁽⁷⁰⁾. Es así que en el periodo

(67) GUADARRAMA GONZÁLEZ, P., “Crítica a los reduccionismos epistemológicos en las ciencias sociales”, *Aquelarre*, nro. 11, La Habana, Centro Cultural de la Universidad del Tolima, 2007, ps. 84, 96-97 y 99.

(68) BUENO, G., “Algunas precisiones sobre la idea de ‘holización’”, *El Basilisco*, revista de materialismo filosófico, nro. 42, 2010, p. 52. Refiriéndose a este punto, el profesor argentino Gustavo Casas señala que los hombres en este periodo de la historia se “representan la realidad tal como ellos pueden concebirla: de una manera imperfecta, confusa, mezclada de sentimientos muy fuertes”. Ello se debe, precisa el mismo docente, a que “No existe propiamente conciencia de un sujeto personal a distancia del objeto -mundo exterior”. Véase CASAS, G., *Introducción a la Filosofía*, op. cit., p. 78.

(69) *ibíd.*

(70) HABERMAS, J., “Para la reconstrucción del materialismo histórico”, *Cuadernos Políticos*, nro. 28, México, D.F., Era, abril-junio de 1981, p. 36.

del paleolítico medio el pensamiento o saber mágico ⁽⁷¹⁾, protagonizado por el hombre musteriense o neandertal; y más tarde, con la llegada del homo sapiens unidimensional ismos en el paleolítico superior aparece el pensamiento o saber mítico ⁽⁷²⁾. Estas formas de pensamiento poseen un carácter complejo ⁽⁷³⁾ y tienden a una perspectiva dual o bifronte. Pues, si bien es preciso reconocer que en ellos los múltiples aspectos contradictorios de los escenarios naturales y sociales se despliegan en forma ambigua, o lo que es igual, como una mezcla confusa de sus diferentes elementos o dimensiones (“complejidad impura”) ⁽⁷⁴⁾, es también menester admitir que en ellos está presente la tendencia a reducir, simplificar y clarificar esa multiplicidad caótica, difusa y cambiante, a través de la remisión a determinados eventos, fenómenos y entes naturales o sobrenaturales.

Justamente en las ciudades griegas de Asia Menor, y particularmente en los predios jónicos donde fueron concebidos los poemas homéricos ⁽⁷⁵⁾, hacia el siglo VI antes de nuestra era, sobre la base de la mutación de los códigos orales y visuales a los escritos ⁽⁷⁶⁾, se produce lo que se ha reconocido

(71) En cuanto a la limitada capacidad de abstracción, de elaboración conceptual y de verificación de lo que le circunda y de sus propios reflejos del hombre musteriense, así como su necesidad de recurrir a la magia como primer dispositivo o corpus articulado de creencias, véase PRIETO PÉREZ, J. L., “Oralidad y escritura en la Grecia arcaica”, *A Parte Rei*, nro. 4, *Revista de Filosofía*, España, mayo 1999, p. 23; DAROS, W. R., *En la búsqueda de la identidad personal. Problemática filosófica sobre la construcción del “yo” y su educación*, Rosario, UCEL: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2006, p. 62; MALINOWSKI, B., *Magia, ciencia y religión*, traducción de Antonio Pérez Ramos, Barcelona, Planeta de Agostini, S. A., 1985, ps. 4, 6, 27 28, 30-32; del mismo autor, “El arte de la magia y el poder de la fe” y “Religión”, en *Mito, rito, símbolo. Lecturas antropológicas*, recopilación de F. Botero y L. Endara, Quito, Instituto de Antropología Aplicada, 2000, ps. 35-48 y 7, 25 y 26; y PERDEMO INTERIANO, C. R., *Fundamentos de Filosofía (Compilación)*, 5a edición, Tegucigalpa, Honduras, Ideas Litográficas, 2003, p. 6.

(72) Expresa la mayor riqueza imaginativa y emotiva del Homo sapiens sapiens; su capacidad de concepción abstracta; y su potencialidad para explicitarla a través de un lenguaje articulado fundamentalmente en imágenes y ritos. Véase VIVES, J., “Mito y razón”, *Convivium*, nro. 21, *Universitat de Barcelona*, 1966, p. 305; y SELIGMANN Silva, L. M., “Tradición de los primitivos y filosofía griega”, en *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, tomo III, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1950, p. 2044. A pesar de que, como atinadamente precisa Marcel Mauss, la “magia tiende a lo concreto y la religión a lo abstracto”, el surgimiento de una y otra forma de pensamiento no tuvo lugar en términos de ruptura, adsorción o superación de un estadio sobre el otro, sino en forma de continuidad y coexistencia. Véase NAVARRETE UÑETA, J. M., “El nacimiento de la idea de culpabilidad”, *Aldaba*, revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, nro. 18, 1992, p. 33; HERTZ, A., “Sobre la fundamentación mágica, mítica y racional de la culpa”, *Selecciones de Teología*, vol. 16, nro. 61, 1977, p. 2; PERDEMO INTERIANO, C. R., *Fundamentos de Filosofía (...)*, op. cit., p. 6; ELIADE, M., *Historia de las creencias y las ideas religiosas. De la Edad de Piedra a los Misterios de Eleusis*, vol. I, traducción de Jesús Valiente Malla, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1999, ps. 62-63.

(73) ELIADE, M., *Historia de las creencias (...)*, op. cit., p. 54, y MESLIN, M., “Sobre los mitos”, en *Mito, rito, símbolo (...)*, op. cit., p. 70.

(74) MUNNÉ, F., “El retorno de la complejidad y la nueva imagen del ser humano: hacia una psicología compleja”, *Revista Interamericana de Psicología*, vol. 38, nro. 1, 2004, ps. 21-29; y VIVES, J., “Mito y razón”, op. cit., p. 304.

(75) Donde mayor refinamiento y esplendor alcanza el pensamiento mítico. Véase CIURO CALDANI, M. Á., *Lecciones de Historia (...)* Introducción, *Edad Antigua*, op. cit., p. 23, y BANCHIO, P. R., *Introducción a la filosofía (...)*, op. cit., p. 33.

(76) PRIETO PÉREZ, J. L., “Oralidad y escritura (...), op. cit., p. 21. En sentido similar, CASAS, G., *Introducción a la Filosofía*, op. cit., p. 79.

como el tránsito del saber del *mythos* al *lógos* y (del saber mítico al saber racional) ⁽⁷⁷⁾. Aunque este último emerge en actitud de confrontación y oposición con el pensamiento mítico, con el afán de hacer valer su rasgo distintivo frente a este ⁽⁷⁸⁾, el “reemplazo” se produjo en un proceso de continuidad cultural que duró cientos de años ⁽⁷⁹⁾ [desde los filósofos presocráticos hasta Aristóteles⁽⁸⁰⁾]; de hecho, se sostiene que la filosofía hereda las preocupaciones de las cosmogonías míticas, pero las expresa con “otro vocabulario y en otro registro de pensamiento” ⁽⁸¹⁾.

En ese interregno se colocan los primeros pivotes de lo que siglos más tarde se conocerá como pensamiento complejo. Son dignos de mención: la “totalidad isológica compleja” de Anaxágoras de Clazomene ⁽⁸²⁾ [“todo está en todo” ⁽⁸³⁾]; el “todo adiatético” y el “todo sistático” del racionalismo anató-

(77) LALANNE, J. E., “Si Dios no existe, ¿todo está permitido? (Dios como fundamento del orden ético-jurídico a lo largo de la historia)”, Revista Libertas nro. 41, Instituto Universitario ESEADE, octubre 2004, p. 3; MUNNÉ, F., “El retorno de la complejidad (...)”, op. cit., ps. 2 y 3; CARMONA, A., “Del mito al logos”, Origen de la Filosofía, septiembre de 2006; MARTÍN JORGE, M. L., “Análisis histórico y conceptual de las relaciones entre la inteligencia y la razón”, Tesis Doctoral, Dr. Juan Antonio Mora Mérida (director), Programa de Doctorado Psicología de la Emoción: Teoría y Aplicaciones (2001-2003), Universidad de Málaga, Facultad de Psicología, 2007, ps. 45, 47 y 50; FATTAL, M., “Mythos y logos en Parménides”, Areté, vol. XXI, nro. 1, 2009, ps. 10-16; Aguilar Rocha, S., “Mito griego”, A Parte Rei, nro. 55, Madrid, enero 2008, p. 1; PRIETO PÉREZ, J. L., “Oralidad y escritura (...)”, op. cit., p. 21; VIVES, J., “Mito y razón”, op. cit., p. 303; TAMAYO y SALMORÁN, R., Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, 1a edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 48; MONTORO BALLESTEROS, A., “La aleatoriedad en el derecho y el problema de la justicia”, Anales de Derecho, nro. 23, Universidad de Murcia, 2005, ps. 97-98; CHÁVEZ CALDERÓN, P., Historia de las doctrinas filosóficas, 4a edición, México, Pearson Educación, 2008, ps. 25-26; y ROBLEDO RODRÍGUEZ, A., “Aportes de la cultura griega en la construcción de la filosofía del derecho contemporánea”, Byzantion Nea Hellás, nro. 32, 2013, p. 154.

(78) Esta actitud se conoce como “evemerismo” y consiste en la propensión a sustituir lo divino, lo simbólico, lo veleidoso e imprevisible, por el saber racional. Sobre la misma, véase LÉVY-BRUHL, L., El alma primitiva, Barcelona, Península, 1927; FRAZER, J. G., La rama dorada. Magia y religión, Madrid, FCE, 1981; LASSO de la VEGA, J., “La presencia del mito griego en nuestro tiempo”, en Anejos de Gerión, II, Madrid, Editorial Universidad Complutense, 1989, ps. 99 y 109; VIVES, J., “Mito y razón”, op. cit., p. 304; MUNNÉ, F., “El retorno de la complejidad (...)”, op. cit., p. 2; SELIGMANN SILVA, L. M., “Tradición de los primitivos (...)”, op. cit., p. 2044; MARTÍN JORGE, M. L., “Análisis histórico (...)”, op. cit., p. 47; MAS TORRES, S., Historia de la filosofía antigua. Grecia y el helenismo, 2a reimpresión, Cuadernos de la UNED, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, ps. 18 y 20; GARCÍA, R., “Epistemología y Teoría del conocimiento”, Salud Colectiva, 2(2), Buenos Aires, mayo-agosto, 2006, p. 114.

(79) Suscriben este punto de vista: LALANNE, J. E., “Si Dios no existe (...)”, op. cit., p. 3; MUNNÉ, F., “El retorno de la complejidad (...)”, op. cit., ps. 2 y 3; TAMAYO y SALMORÁN, R., Razonamiento (...), op. cit., p. 58; MARTÍN JORGE, M. L., “Análisis histórico (...)”, op. cit., ps. 45 y 47; FATTAL, M., “Mythos (...)”, op. cit., ps. 9-33; y AGUILAR ROCHA, S., “Mito griego”, op. cit., p. 1; y MAS TORRES, S., Historia de la filosofía antigua (...), op. cit., p. 16.

(80) MAS TORRES, S., Historia de la filosofía antigua (...), op. cit., p. 17; LALANNE, J. E., “Si Dios no existe (...)”, op. cit., p. 3; y GARCÍA BAZÁN, F., “Platón y el lenguaje: sobre la rectitud (orthótes) y la potencia (dynamis) de los nombres”, Diadoché, nros. 1-2, 2004-2005, ps. 68 y 69.

(81) MAS TORRES, S., Historia de la filosofía antigua (...), op. cit., p. 16.

(82) BUENO, G., “Algunas precisiones (...)”, op. cit., p. 52.

(83) BUENO, G., “Algunas precisiones (...)”, op. cit., p. 52; del mismo autor, La metafísica presocrática. Historia de la filosofía, Madrid-Oviedo, Pentalfa Ediciones, 1974, ps. 302, 314, 316-326; MAS TORRES, S., Historia de la filosofía antigua (...), op. cit., ps. 42-43; CARMONA, A., “Del mito al logos”, op. cit., p. 3; y COPLESTON, F., Historia de la Filosofía, tomo I, Grecia y Roma, Liber, 2007, p. 62.

mico de Demócrito de Abdera ⁽⁸⁴⁾; la noción platónica de *symploké* ⁽⁸⁵⁾; y, muy especialmente, la teoría de las categorías de Aristóteles ⁽⁸⁶⁾.

No obstante, la paulatina propagación del saber racional por todo el mundo griego no condujo al desarrollo de estos cimientos, sino a un refinado y subrepticio modo de simplificar el tratamiento de la realidad ⁽⁸⁷⁾. El afianzamiento de la filosofía y la ciencia griegas (conversión de dioses y deidades en fuerzas y leyes de la naturaleza y la sociedad) implicó un proceso de desmitificación, secularización, conceptualización, inteligibilidad y abstracción del legado mitológico, que se tradujo en prescindir de su ambigüedad y en reducir al máximo su complejidad (purificación simplificadora) ⁽⁸⁸⁾.

El tratamiento simplificador (simplicidad pura) no se hizo extensivo al derecho hasta la edad contemporánea. En este ámbito no se logró superar hasta ese periodo histórico la “complejidad impura” de las dimensiones jurídicas ⁽⁸⁹⁾, si bien hubo destellos de purificación simplificadora en diferentes momentos, expresados puntualmente en el posicionamiento de diferentes autores ⁽⁹⁰⁾.

(84) BUENO, G., “Algunas precisiones (...)”; op. cit., p. 52; GARCÍA SIERRA, P., Diccionario filosófico. Manual de materialismo filosófico. Una introducción analítica, Oviedo, Biblioteca Filosofía en español, 1999, p. 49. Más ampliamente, BUENO, G., La metafísica (...), ps. 327, 329-357.

(85) MIÉ, F., Dialéctica, predicación y metafísica en Platón. Investigaciones sobre el Sofista y los diálogos tardíos, Colección Ciencia y Tecnología, Santa Fe, Ediciones UNL, 2018, ps. 106, 107, 108, 109, 114, 122, 147. También acerca de la *symploké*, BUENO, G., “Algunas precisiones (...)”; op. cit., p. 52; MARTÍNEZ ÁLVAREZ, F., “Fundamentos histórico-filosóficos de la complejidad en la antigüedad”, Humanidades Médicas, vol. 7 nro. 2, Ciudad de Camagüey, mayo-agosto, 2007, ps. 10-13; ZÚÑIGA, R., “*Symploké* metaxy. una relectura de la imagen en Platón y Aristóteles para una analítica de la aparición digital”, Alpha, nro. 41, diciembre de 2015; BORÓ HERRERA, R., “Algunas cuestiones ontológicas del marxismo”, Nómadas, revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, nro. 9, s/f, p. 6; y PÉREZ HERRANZ, F. M., “Filosofía, cultura y educación”, Eikasía. Revista de Filosofía, nro. 38, mayo 2011, p. 13, disponible en <http://www.revistadefilosofia.com/38-01.pdf>; y GONZÁLEZ ESCUDERO, S., “El paradigma de El Político de Platón”, Eikasía. Revista de Filosofía, nro. 12, agosto 2007, ps. 69-86.

(86) MIÉ, F., Dialéctica, predicación (...), op. cit., ps. 113 y 106; FURSTENBERG, C., “Los relativos en las Categorías Aristóteles”, Eikasía. Revista de Filosofía, noviembre 2014, p. 203; MATATX, C., “El giro de la nueva ciencia: de Platón a Aristóteles”, Revista de Filosofía, vol. VII, nro. 12, Madrid, Editorial Complutense, 1994, ps. 436, 443 y 444, disponible; FERNÁNDEZ TRESPALACIOS, J. L., “Ambivalencia de las categorías en el sistema de Aristóteles”, Logos, Anales del Seminario de Metafísica, vol. 1, 1966, p. 111; MARTÍNEZ ÁLVAREZ, F., “Fundamentos (...)”, op. cit., ps. 13-19.

(87) Todo parece indicar que, frente al holismo aristotélico, síntesis del pensamiento clásico griego, se abrió paso el dualismo platónico. Véase MATATX, C., “El giro (...)”, op. cit., p. 435.

(88) Se ha planteado que tuvo lugar un proceso de naturalización a la inversa. Es decir, que, frente a la naturalización de lo sobrenatural, del saber mítico arcaico, en el saber filosófico se plantea una “sobrenaturalidad, o sea considerar lo natural como sobrenatural”. Véase SELIGMANN SILVA, L. M., “Tradicón de los primitivos (...)”, op. cit., ps. 2044-2045.

(89) CIURO CALDANI, M. Á., Lecciones de Historia (...), Introducción, Edad Antigua, op. cit., p. 14; y BANCHIO, P. R., Introducción a la filosofía (...), op. cit., p. 32.

(90) Entre los más relevantes deben citarse: en la opción de integración del ente estatal y la iglesia y la “simplicidad de la ley humana”, de Marsilio de Padua (1270-1342); en la insatisfactoria fórmula racional y consensual propuesta por Hugo Grocio (1583-1645), con el propósito de superar la mezcla del derecho medieval con la divinidad y el valor santidad; en el racionalismo sociológico unidimensionalista de Tomas Hobbes (1588-1679), del derecho y la política, con sobredimensionamiento de la utilidad, la seguridad y el orden, en detrimento de la justicia; y en la tendencia también contractualista de John Locke (1632-1704), en la que se entretujan las dimensiones social, política y jurídica,

III.2. La significación e implicaciones de la purificación normativista kelseniana y la purificación fenomenológica cossiana

Frente a la “complejidad impura”, que construye el objeto jurídico mezclando de modo confuso los elementos sociales (realidad), normológicos (norma) y valorativos (valores), el paradigma científico positivista en el ámbito del derecho, con el afán de conferir a este el estatus de ciencia positiva, de fundamentar la “idea de la inderivabilidad del deber a partir del es” (falacia iusnaturalista) ⁽⁹¹⁾, y de desentrañar y desbrozar los factores ideológicos de la producción jurídica, acude al recurso epistemológico de la *reductio ad unum* ⁽⁹²⁾, con el cual se pretende reducir la complejidad de la realidad mediante procesos de abstracción e idealización, dirigidos a simplificarla para hacerla más comprensible.

Cabe recordar que el positivismo es una corriente filosófica heterogénea, que asume el método experimental de las ciencias positivas, y muy particularmente el físico-matemático, por lo que su presupuesto gnoseológico fundamental es el fenómeno en sí mismo. Consiguientemente, para que la ciencia merezca tal cualidad debe cimentarse en la verificabilidad experimental; en la segmentación de la realidad en cuantas dimensiones sea posible, para ganar en profundidad en el estudio de sus funciones; la cuantificación de sus hechos y datos medibles; y en la liberación de todo aquello que se reduzca a puros enunciados o construcciones verbales vacías, propias de los problemas filosóficos y metafísicos ⁽⁹³⁾.

La teoría pura kelseniana es la más auténtica y emblemática legataria de este proceder simplificador y reduccionista ⁽⁹⁴⁾. El propio Kelsen se decla-

con un correlativo descarrío a la “complejidad impura”. Véase CIURO CALDANI, M. Á., *Lecciones de Historia (...)*, Edad Media. Edad Moderna, op. cit., ps. 68, 120 y 125.

(91) SALDAÑA SERRANO, J., “La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural. Los argumentos de John Finnis y Mauricio Beuchot”, en *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 94. También, MASSINI-CORREAS, C. I., “La falacia de la ‘falacia naturalista’”, *Persona y Derecho*, nro. 29, 1993, p. 83; ROLDÁN, D. A., “La falacia iusnaturalista: Una crítica a partir del concepto de propiedad”, *Teología y cultura*, año 2, vol. 3, agosto 2005, p. 4; y FERRAJOLI, L., “Doce cuestiones en torno a Principia iuris”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nro. 1, septiembre 2011-febrero 2012, p. 7.

(92) ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “La teoría pura del derecho (...);” op. cit., p. 9.

(93) BRIONES, G., *Epistemología de las ciencias sociales*, Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), Arfo Editores e Impresores Ltda., diciembre de 2002, ps. 28-30, 145-146; TOLEDO NICKELS, U., “La epistemología según Feyerabend”, en Francisco OSORIO (editor), *Epistemología de las ciencias sociales. Breve manual*, 1ª edición, Chile, Ediciones UCSH, 2007, p. 223; PARRA SABAJ, M. E., “Fundamentos epistemológicos (...)”; op. cit., ps. 33-35; Rearte, M., “El cambio de paradigma (...)”; op. cit., p. 199; GUAMÁN CHACHA, K. A., HERNÁNDEZ RAMOS, E. L. y LLOAY SÁNCHEZ, S. I., “El positivismo y el positivismo jurídico”, *Revista Universidad y Sociedad*, 12 (4), 2020, ps. 265-269.

(94) A modo de ilustrar esta afirmación, en el amplio universo bibliográfico que así lo designa, puede citarse: COSSIO, C., “Panorama (...)”; p. 75; SERRANO VILLAFANA, E., “Fundamentación Metafísica del Derecho en el Realismo Filosófico”, *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de*

ra seguidor de autores que promovieron y defendieron el positivismo en la dogmática del derecho público germano, especialmente de Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek⁽⁹⁵⁾. En el afán por develar los rastos de su asepsia metodológica se ha llegado a establecer (implícita o explícitamente) que esos autores son solo sus más grandes e inmediatos predecesores, por cuanto en su ademán purificador subyacen posicionamientos metodológicos (conscientes o inconscientes) que hundan sus raíces en fuentes más antañas. Efectivamente, a partir de su inspiración en las tesis del neokantiano Hermann Cohen (1842-1918), como progenitor de la escuela de Marburgo y de Ernest Cassirer (1874-1945), como el principal representante de esta corriente en el siglo XX, así como de su origen judío, se sostiene que su formalismo y su depuración conceptual tienen antecedentes en la “tradicón judeocristiana de la pureza”, expresada en el laicismo y en el racionalismo jurídico del mandato: ‘No cometerás actos impuros’⁽⁹⁶⁾; el panteísmo de Baruch Spinoza (1632-1677), asumido en ‘panlogismo normativista’, sobre la base del reemplazo de la ‘divinidad por la lógica’ (‘geometrización jurídica’)⁽⁹⁷⁾; y la ‘civitas maxima’ de Christian Wolff (1679-1754) que el autor

las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, nro. 9, 1982, p. 57; LUCAS VERDU, P., “El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen), Revista de Estudios Políticos, nro. 68, abril-junio 1990, ps. 18-28; CALSAMIGLIA, A., “En defensa de Kelsen”, Working Paper, nro. 129, Barcelona, 1997, p. 6; DE VEGA GARCÍA, P., “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX” en La ciencia del derecho durante el siglo XX, 1a edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 9; ZUCCHI, H. A., “El derecho como objeto tridimensional”, Premio Dalmacio Vélez Sarsfield, Tesis sobresalientes, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, ps. 26 y 83; PAULSON, S. L., “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 26, 2003, p. 553; SCHMILL ORDÓÑEZ, U., “Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen”, Isonomía, nro. 21, octubre 2004, p. 149; del mismo autor: “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 33, 2010, p. 20; NOVELLI, M. H., “La teoría trialista (...)”, op. cit., ps. 116-117; REARTE, M., “El cambio de paradigma (...)”, op. cit., p. 209; LUENGO-GONZÁLEZ, E., “La simplicidad del método científico y la complejidad de lo real”, en Rigoberto LANZ y Rubén REYNOSO (coordinadores), Ni una sola ciencia, ni una sola técnica, debate abierto sobre misión ciencia, tomo III, Caracas, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, 2008, p. 2; LLOREDO ALIX, L., “Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Jhering”, Tesis doctoral, Ansuátegui Roig, F. J. (director), Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010-12, ps. 267-268; ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “La teoría pura del derecho (...)”, op. cit., p. 9; CIURO CALDANI, M. Á., “Significados tácticos (...)”, op. cit., p. 49; WILENMANN, J., “Una reconstrucción crítica del aspecto negativo de la teoría del derecho en Hans Kelsen”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 39, 2015, p. 189; GARCÍA LÓPEZ, D. J., “Hans Kelsen y la traditionelle Rechtslehre. Los antecedentes de la pureza metodológica en el pensamiento de Carl Friedrich von Gerber”, Derechos y Libertades, nro. 33, junio 2015, ps. 214-215 y 216, nota 72; VEGA, J., “La filosofía del Derecho (...)”, op. cit., p. 6; y ROJAS GONZÁLEZ, G., “Filosofía del Derecho”, Bogotá, Universidad Católica, 2018, p. 39.

(95) KELSEN, H., Teoría general del Estado, traducción de Luis Legaz Lacambra, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Labor, 1934, p. 7. Trabajan esta influencia LUCAS VERDU, P., “El orden normativista (...)”, op. cit., p. 23; DE VEGA GARCÍA, P., “Apuntes (...)”, op. cit., p. 9; LLOREDO ALIX, L., “Ideología y filosofía (...)”, op. cit., ps. 267-268; GARCÍA LÓPEZ, D. J., “Hans Kelsen (...)”, op. cit., ps. 214-215; y WILENMANN, J., “Una reconstrucción (...)”, op. cit., p. 189.

(96) LUCAS VERDU, P., “El orden normativista (...)”, op. cit., p. 19.

(97) *ibíd.*, p. 26. Ello se corrobora, según este autor, “contrastando las relaciones con el judaísmo de Spinoza y Kelsen” (í.d.).

austriaco adopta no en cuanto ideal ético, sino como ‘herramienta metodológica’ y como ‘categoría trascendental’, es decir, el hecho de que el todo derecho (como fenómeno jurídico) se configura en una unidad universal (como norma fundamental supranacional) funge como ‘condición de posibilidad del conocimiento jurídico’“(98).

La pureza metódica de la epistemología objetivista del positivismo tiene como pilar fundamental al “paradigma formal clásico —o reduccionista—” (99), también identificado por Edgar Morin como “paradigma de simplificación” (100). La idea reduccionista o de simplificación metodológica descansa en el presupuesto del desorden, la irregularidad y la borrosidad de la realidad (física y cultural), hoy puesto en entredicho por el paradigma epistemológico basado en la complejidad. Sobre esa base sustenta la necesidad de reducir, disgregar, fragmentar o dividir los fenómenos de la realidad física y cultural que se hallan en una unidad compleja y contradictoria, a los efectos de estudiar por separado sus partes, segmentos o dimensiones y de hacer más inteligibles sus cualidades, interacciones y funciones (101). Esta lógica purificadora informa todo el quehacer teórico de Hans Kelsen.

Desde finales del siglo XIX hasta principios del XX tiene lugar la reacción antipositivista. En ese interregno y con esa lógica de confrontación surge la fenomenología como movimiento intelectual que comparte con el positivismo los posicionamientos heterogéneos; la matriz de naturaleza físico-matemática (102) y el ademán reduccionista. En su pretensión de refutación del objetivismo y el cientificismo positivista asume inicialmente como pivote epistemológico la postura filosófica de Edmund Husserl (1859-1938). Este autor, en impugnación a la validez apodíctica de las cosas externas, plantea el método eidético como nuevo modo de aproximarse a las realidades sociales. Esta novedad metodológica es también purificadora, en tanto asume la complejidad de la realidad mediante procesos de abstracción e idealización (*epojé* fenomenológica). Con ella, si bien no niega la existencia de la cosa en sí y de la realidad misma, prescinde de ella o simplemente no se posiciona frente a ella; por cuanto lo que interesa desde el punto de vista de la investigación social son los objetos mentales (noemas), la conciencia pura (región egológica), es decir, lo que se procura no es el hecho o dato en su misma entidad, sino la esencia universalizable. Esta búsqueda del conte-

(98) FERRARO, A. E., “Kelsen y la ética universalista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 21, vol. II, 1998, ps. 142-143.

(99) REARTE, M., “El cambio de paradigma (...)”, *op. cit.*, p. 209.

(100) MORIN, E., *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, traducción de Mercedes Vallejo-Gómez, con la contribución de Nelson Vallejo-Gómez y Françoise Girard, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 1999, p. 9.

(101) REARTE, M., “El cambio de paradigma (...)”, *op. cit.*, p. 199; MORIN, E., *Los siete (...)*, *cit.*, p. 54; y LUENGO-GONZÁLEZ, E., “La simplicidad (...)”, *op. cit.*, p. 2.

(102) Aunque no ya en su fase clásica, sino moderna. Véase SÁNCHEZ ORIZ de URBINA, R., “El marco teórico de una epistemología fenomenológica”, *Eikasia. Revista de Filosofía*, nro. 68, 2016, p. 19.

nido puramente esencial del fenómeno pretende que este sea “decantable, despejable, relativamente aislable y, por lo tanto, lo suficientemente consistente como para constituir el tema de un quehacer investigador”⁽¹⁰³⁾. De este modo se obtiene una “conciencia pura”, o “trascendentalmente purificada”, que se manifiesta por sí misma como un *eide* o *a priori* a la propia realidad del mundo y del propio yo⁽¹⁰⁴⁾.

En esta “purificación fenomenológica” o “purificación trascendental” se inspira la labor teórica de Cossio⁽¹⁰⁵⁾. Según él, sobre la “base de una fenomenología existencial de la cultura” la “teoría egológica logró explicar por primera vez” el triple aspecto: hecho, norma y valor, que el pensamiento mundial estaba destacando sobre la naturaleza compleja del derecho⁽¹⁰⁶⁾.

Con el herramental gnoseológico de los primeros moldes epistemológicos husserlianos⁽¹⁰⁷⁾, Cossio establece como categorías vórtices de su iusfilosofía a la conducta y la existencia humanas, cuya objetividad radica en la intersubjetividad. Aunque no descarta a la norma jurídica, la conducta humana, ideada como libertad metafísica⁽¹⁰⁸⁾, es la piedra angular o pivote central sobre el que se erige el estudio del derecho.

A modo de remate de las perspectivas epistemológicas de Kelsen y Cossio, procede volver sobre los planteamientos relativos a la significación e implicaciones de la purificación normativista kelseniana y la purificación fenomenológica cossiana, enunciadas al inició como motivaciones de este

(103) POSADA VARELA, P., “La especificidad (...)”; op. cit., p. 240. En sentido similar, BENOÍSR, J., “Egología y fenomenología: la crítica heideggeriana de Husserl”, *Revista de Filosofía*, vol. 22, Universidad Complutense, Madrid, 1999, p. 33.

(104) POSADA VARELA, P., “La especificidad (...)”; op. cit., p. 240; BENOÍSR, J., “Egología y fenomenología (...)”; op. cit., p. 33; y CRESPO, M., “Fenomenología y filosofía del derecho”, *Pensamiento*, *Revista de Investigación e Información Filosófica*, vol. 72, nro. 274, 2016, p. 1254. En esta misma dirección, WAGNER de REYNA, A., “La egología trascendental de Husserl: base para la fundamentación de las ciencias”, *Revista PUCP*, *Revista de la Universidad Católica*, tomo 06, nro. 5-6, agosto-septiembre de 1938, ps. 153-165; ROJAS, B., *Investigación cualitativa: Fundamentos y praxis*, Caracas, FEDUPEL, 2010, p. 24; NÚÑEZ RAVELO, F., “La fenomenología: epistemológica u ontológica, de Husserl a Heidegger”, *Conhisremi*, *Revista Universitaria de Investigación y Diálogo Académico*, vol. 8, nro. 3, 2012, ps. 15-22; MATÍAS GONZÁLEZ, A. y HERNÁNDEZ ALEGRÍA, A., “Positivismo, dialéctica materialista y fenomenología: tres enfoques filosóficos del método científico y la investigación educativa”, *Actualidades Investigativas en Educación*, vol. 14, nro. 3, Universidad de Costa Rica, septiembrediciembre, 2014, ps. 16-18; y SÁNCHEZ ORIZ de URBINA, R., “El marco teórico (...)”, *Eikasía*. *Revista de Filosofía*, op. cit., ps. 9-32.

(105) Él mismo se declara fiel seguidor del método fenomenológico. Véase COSSIO, C., “La norma y el imperativo (...)”; op. cit., ps. 64, 72 y 92; “La filosofía y la ciudad humana”, en *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, tomo I, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1950, p. 185; y “Teoría y práctica del derecho”, en Jorge A. PAITA (compilador), *Argentina 1930-1960*, Buenos Aires, Sur, 1961, p. 271.

(106) COSSIO, C., “Teoría y práctica (...)”; op. cit., p. 271.

(107) REALE, M., “Posición del tridimensionalismo jurídico concreto”, *Dianoia*. *Anuario de Filosofía*, nro. 13, 1967, p. 332, nota 12; y GARCÍA BELAUNDE, D., “Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico”, *Ius et Praxis*, nro. 16, 1990, p. 229.

(108) MANTILLA PINEDA, B., “La egología jurídica de Carlos Cossio”, *Estudios de Derecho*, vol. 15, nro. 45, año 1954, ps. 387 y 391.

esbozo. Las valoraciones al respecto las vamos a centrar en la perspectiva ontológica, y en especial en el peso que se le confiere a la conducta en sus respectivos sistemas teóricos, en tanto lo relativo a los valores lo hemos reservado para el último apartado. En este sentido, el examen debe proyectarse en dos direcciones: la primera consiste en advertir hasta qué punto el método purificador positivista del jurista austriaco logra deshacerse de la conducta como elemento metajurídico que “contamina” la deseada puridad de la ciencia del derecho; y la segunda se basa en develar si la contrapartida egológica de la conducta como la expresión fenoménica consigue superar el unidimensionalismo y el reduccionismo que se le atribuye a aquella, de modo que permita ubicarla entre los modelos de los teóricos que comportan un salto epistemológico de la “simplicidad pura” a la “complejidad pura”.

Cabe comenzar suscribiendo que para Kelsen el normativismo radica en que la conducta humana, bien como condición o bien como efecto, es contenido de las normas jurídicas ⁽¹⁰⁹⁾. Los dos posicionamientos existentes sobre el objeto de conocimiento del derecho quedan bien explicitados en el siguiente pasaje de su obra:

“La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho (...). Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos regidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional” ⁽¹¹⁰⁾.

El profesor de Viena hace descansar sus nociones de conducta y norma, así como su relación, en una escisión y oposición radical entre el ser y el deber ser, en la que el “derecho no es un hecho, sino una norma”, lo que equivale a decir que “algo debe ser o debe ser realizado, aun cuando en realidad no sea o no haya sido realizado” ⁽¹¹¹⁾. De este modo se configura como la “descripción de una norma que es el significado del acto”, o lo que es igual, como un “enunciado de deber ser” ⁽¹¹²⁾. A ello hay que agregar el tratamiento puramente formal, abstracto y lógico del deber ser ⁽¹¹³⁾.

(109) KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de Moisés Nilve, 4a edición, 9a reimpresión, Buenos Aires, Eudeba, 2009, ps. 37 y 63.

(110) KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 37.

(111) KELSEN, H. “El Derecho: norma o hecho. El ‘ser’ y el ‘deber ser’”, en *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 20.

(112) *ibíd.*, p. 22.

(113) FRAGUEIHO, A., *Aberraciones teóricas en el normativismo de H. Kelsen*, Espasa Calpe, 1943, p. 16; TAGLE, J. R., “Afinidades ontológicas entre el ser y el deber ser del derecho”, en *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, tomo III, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1950, ps. 1916-1917; ABRIL CASTELLO, V., “La personalización. Ser y deber ser del derecho en las concepciones del ser y del valor de la persona humana”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nro. 13, Madrid, 1967-1968, p. 120; FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Gravitación de la teoría egológica”, *Derecho*, nro.

Al estar proyectada la norma únicamente sobre un deber ser concebido en esos términos se producen contrasentidos con cuestiones de tipo ontológico a la hora de explicar que ella descansa en interacciones humanas; en el acto volitivo del cual emana; en la voluntad humana que debe motivar; y en el mismo de que ella es una realidad ⁽¹¹⁴⁾. Empero, la mayor quiebra de esta opción purificadora de la norma se halla en la cúspide de su sistema, en la que sitúa algo así como la idea suprema hegeliana, que él denomina “norma fundamental” ⁽¹¹⁵⁾. La cual, según su propia opinión, desempeña el papel de una “hipótesis básica” ⁽¹¹⁶⁾ al propiciar la creación de las normas jurídicas. Con esta propuesta Kelsen no logra purgar de su sistema al hecho, pues al tener que explicar la existencia y vigencia de esta norma básica en el ordenamiento jurídico se ve compelido a acudir al hecho histórico ⁽¹¹⁷⁾.

En contraposición al deber ser formal, abstracto, lógico y consiguientemente idealizado de las tesis kelsenianas, el docente argentino introduce la noción heideggeriana del “deber ser existencial” ⁽¹¹⁸⁾, que llama al hombre a sentirse obligado en la misma medida en que es capaz de anticipar su propio futuro. Aunque este concepto parece estar llamado a suplir la radical escisión con el ser, se muestra más como un fruto del apriorismo fenomenológico e introduce el cuestionamiento de si “tiene o no sentido que el hombre esté obligado al futuro que elige” ⁽¹¹⁹⁾, pues de ser así el problema ya no sería de deber ser, sino de “necesidad de ser” ⁽¹²⁰⁾, cuestión muy diferente. Por eso se ha sostenido que esta noción, lejos de arrojar luz resulta oscura, opaca e “introduce en sus ideas mayor equivocidad” ⁽¹²¹⁾. Es cierto que para Cossio lo existencial constituye una realidad coexistencial que no se agota en el “yo de una persona aislada” ⁽¹²²⁾, sino que comprende tres “dimensiones existenciales, el mundo objetivo, la persona y la sociedad” ⁽¹²³⁾, empero, aun cuando este punto exige de una dedicación exclusiva, no propuesta en este trabajo, queda por cuestionarse hasta dónde el deber ser existencial

37, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, p. 33; UGARTE GODOY, J. J., “El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, nro. 1, 1995, p. 117; INIESTA DELGADO, J. J., “La oposición entre ser y deber ser en el análisis de la norma jurídica de Hans Kelsen y Norberto Bobbio”, *Anales de Derecho*, nro. 17, Universidad de Murcia, 1999, ps. 127-132; y DAVID, P. R., “Criminología (...)”, op. cit., ps. 33-34.

(114) TAGLE, J. R., “Afinidades ontológicas (...)”, op. cit., ps. 1916-1917, e INIESTA DELGADO, J. J., “La oposición (...)”, op. cit., ps. 131-132.

(115) KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 112.

(116) *ibíd.*, p. 113.

(117) DAVID, P. R., *Criminología (...)*, op. cit., ps. 33-34.

(118) COSSIO, C., *La Teoría egológica (...)*, op. cit., p. 225.

(119) MILLAS, J., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 110.

(120) *ibíd.*

(121) *id.*, p. 109.

(122) COSSIO C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, p. 300.

(123) COSSIO C., “Los valores jurídicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV, nro. 5, Madrid, 1956, p. 34. Puede también consultarse sobre este tópico, COSSIO, C., *Radiografía de la Teoría egológica del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 64.

cossiano como objeto mental (noema) y como dato de la conciencia pura (región egológica), que nos ofrece la intuición como fuente del *a priori* ⁽¹²⁴⁾, no es una realidad idealizada y estática, ajena a las exigencias y condicionamientos histórico-concretos, que continuamente se renueva con la praxis cotidiana. El deber ser, hasta donde nos es posible explicitar, es una perenne interrelación sujeto-objeto, que comporta de igual modo una imperecedera interrogación en torno a esos segmentos de las “relaciones sociales ausente o que debe ser corregida en el orden de la totalidad construida por el sujeto” ⁽¹²⁵⁾, a efectos de su “ulterior interpretación en función de la solución de las contradicciones reales” ⁽¹²⁶⁾.

La asunción de la egología husserliana supone para Cossio que la conducta humana sea considerada como el “soporte existencial del sentido jurídico” ⁽¹²⁷⁾, por ende, la norma es un concepto o juicio a través del cual pensamos o metamos la conducta ⁽¹²⁸⁾. Esto es así porque para él la conducta jurídica es contenido y continente de lo fáctico, lo axiológico y lo normativo. Ello ha dado lugar a que en el plano de la superación del reduccionismo metodológico se le planteen a sus postulados dos limitaciones. La primera estriba en que se suscriba que prácticamente incurre en un error análogo al de Kelsen al colocar en el centro a la conducta humana y desplazar hacia esta la problemática que antes se estudiaba en sede normativa ⁽¹²⁹⁾. La segunda consiste en la atribución de una especie de “relativismo metódico”, al tomar la ley como instrumento de interpretación y valoración de la conducta humana, con lo cual el derecho queda reducido a mero arte, marcado por apreciaciones subjetivas y por lo mismo circunstanciales o contingentes.

En cuanto a la adscripción de la teoría egológica en los modelos de las teorías unificantes, integradoras o integrativas, se ha sostenido que su tridimensionalismo es inmanente ⁽¹³⁰⁾ o “conductista” ⁽¹³¹⁾, o que más bien real-

(124) Cossio expresamente alude a la “intuición de la existencia” y a la “intuición existencial de la plenaria vida humana”. Véase COSSIO, C., “Panorama (...)”, op. cit., ps. 70 y 73.

(125) ESPINOZA CEVALLOS, C. E., LEMA RUÍZ, R. A. y ESPINOZA FREIRE, E. E., “La búsqueda del deber ser y la superación del universal abstracto: contexto desde la tradición filosófica y de la dialectización de la ciencia”, *Universidad y Sociedad*, vol. 11, nro. 2, Cienfuegos, abril-junio de 2019, p. 164.

(126) *ibíd.*

(127) MANTILLA PINEDA, B., “La egología jurídica (...)”, op. cit., p. 391.

(128) MANTILLA PINEDA, B., “La egología jurídica (...)”, op. cit., p. 386, y CAÑAL, D., “El papel de los hechos en la Ciencia del Derecho”, *Revista Jurídica*, nro. 4, 2001, p. 85.

(129) ZUCCHI, H. A., “El derecho como objeto tridimensional”, op. cit., p. 41.

(130) GOLDSCHMIDT, W., “La teoría egológica y la tridimensionalidad”, *Jurisprudencia argentina*, tomo V, 1965, p. 78, y GALATI, E., *El pensamiento complejo y el trialismo*, Buenos Aires, Teseo, 2019, p. 350.

(131) ÑIQUE de la PUENTE, J. A., “El humanismo jurídico en San Marcos (1951-2003)”, Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2004, p. 25.

mente lo que hay en su postura es un “bidimensionalismo socio-nomológico” ⁽¹³²⁾.

De todo ello se colige que tanto el reduccionismo normativo kelseniano como el reduccionismo fenomenológico de que participa la teoría egológica son segmentos de una epopeya purificadora que hunde sus raíces en tiempos prehistóricos. Ahora bien, la historia de la epistemología nos muestra que, aunque los reduccionismos y las purificaciones teóricas resultan hegemónicas desde la constitución de la modernidad, bajo el protagonismo y empuje de las ciencias naturales (las matemáticas, la física y la biología, fundamentalmente), se han registrado junto a ellas actitudes epistemológicas antirreduccionistas. Ello no solo ha estado condicionado por el desarrollo de la ciencia en general, sino por la misma diversidad del desarrollo social y por cuestiones de índole ideológica ⁽¹³³⁾.

III.3. Los condicionantes del desarrollo teórico y sociocultural, vivencial e ideológico de la purificación normativista kelseniana y la purificación fenomenológica cossiana

En esta recta final sobre el análisis de las perspectivas epistemológicas de Kelsen y Cossio resta precisar hasta qué punto sus posturas epistemológicas están condicionadas por el desarrollo teórico de sus respectivos contextos socioculturales y hasta qué punto son fruto de sus vivencias y elecciones ideológicas.

De la teoría pura del derecho se ha sostenido que es la “más alemana de todas las filosofías jurídicas elaboradas en Alemania desde la época de Kant” ⁽¹³⁴⁾. Sin embargo, en el periodo en que se concibe ella, en los predios de la psicología alemana ya venían ganando fuerza los postulados de la Escuela de la Gestalt o gestaltismo, de autores como Hermann Ludwig Ferdinand von Helmholtz (1821-1894); Kurt Koffka (1886-1941); Max Wertheimer (1880-1943); Wolfgang Köhler (1887-1967); y Wolfgang Metzger (1899-1979). Estos, y los demás cultivadores germanos, produjeron un vuelco epistemológico a través de un análisis amplio, pluridimensional y colectivo de la conducta humana. Hoy, este salto, identificado como “unicidad del todo gestáltico” ⁽¹³⁵⁾, se concibe como un peldaño en el surgimiento del “pensamiento

(132) GOLDSCHMIDT, W., “La teoría egológica (...)”, op. cit., p. 79, y GALATI, E., El pensamiento complejo (...), op. cit., p. 350.

(133) GUADARRAMA GONZÁLEZ, P., “Crítica a los reduccionismos (...)”, op. cit., p. 99.

(134) LUCAS VERDU, P., “El orden normativista (...)”, op. cit., p. 19.

(135) SOTOLONGO CODINA, P. L. y DELGADO DÍAZ, C. J., La revolución contemporánea (...), op. cit., p. 242. En sentido similar, REARTE, M., “El cambio de paradigma (...)”, op. cit., p. 202; y ARNOLETTO, E. J., Curso de Teoría Política, 2007, p. 109, disponible en www.eumed.net/libros/2007b/300/.

complejo y la diversidad” de Edgar Morin y de las teorías unificantes, integradoras o integrativas del derecho ⁽¹³⁶⁾.

Con este referente adquieren peso las vivencias, la opción ideológica y hasta el propio origen judío del autor. No pueden perderse de vista su postura socialdemócrata, con cuestionadas inclinaciones hacia el marxismo, su peregrinaje por diferentes países ante el hostigamiento de que fue objeto por su procedencia ⁽¹³⁷⁾; y sus controversias teóricas y políticas con diferentes autores, pero muy especialmente con Carl Schmitt (1888-1985), importante asesor e ideólogo del partido nacionalsocialista ⁽¹³⁸⁾. El hecho de que su obra haya sido concebida y publicada en un “mundo de extremismos de derecha e izquierda” ⁽¹³⁹⁾ conduce al creador a la intención declarada de exorcizarla de valores y a desideologizarla ⁽¹⁴⁰⁾, con la finalidad mesiánica de construir una teoría llamada a propugnar la tolerancia y la libertad ideológica dentro de un Estado democrático y que sirviera de modelo para sacar al viejo continente de la encrucijada de exacerbaciones políticas en que se hallaba inmerso. Pero como bien suscribe Pablo Lucas Verdu, sus presupuestos gnoseológicos y epistemológicos no son “inmunes al subsuelo ideológico-cultural subyacente” ⁽¹⁴¹⁾ y su doctrina concluye siendo un dócil recurso que, tras la supuesta neutralidad normativa, permite camuflar los intereses de quienes detentan el poder ⁽¹⁴²⁾.

Carlos María Cárcova, contrastando la proyección de Cossio con la de Kelsen, suscribe: “hubiera corrido seguramente mejor suerte, si el autor

(136) GALATI, E., Otra introducción al pensamiento complejo, Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, 2018, p. 92.

(137) Para una síntesis de estas cuestiones, SQUELLA NARDUCCI, A., “Idea de la democracia en Kelsen”, Estudios Públicos, nro. 13, 1984, ps. 48-50; “Una larga historia con Kelsen”, en Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias, Gonzalo A. RAMÍREZ CLEVES (ed. lit.), 2012, ps. 21-25; LAGI, S., El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de ‘De la esencia y valor de la democracia’, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007; y CIURO CALDANI, M. Á., “Significados tácticos (...)”, op. cit., ps. 47-48.

(138) ALARCÓN OLGUÍN, V., “El debate Schmitt- Kelsen sobre la representación política”, Sociológica, año 12, nro. 34, Filosofía y sociología política, Rupturas y continuidades, mayo-agosto de 1997, ps. 185-198; HERRERA, C. M., “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 21-II, 1998, ps. 201-218; PINTORE, A., “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 23, 2000, ps. 119 y ss.; ROBLES VÁZQUEZ, J., “Hans Kelsen, su concepto de democracia y la Constitución de Austria de 1920”, Revista de la Facultad de Derecho de México, vol. 53, nro. 239, 2003, ps. 111-12; GÓMEZ RESTREPO, M., “La guerra, una visión comparada desde Schmitt y Kelsen”, Journal of International Law, vol. 2, 01, Universidad EAFIT, January-june 2011, ps. 8-20; y LAGI, S., “Hans Kelsen: pensador político”, Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 13, nro. 25, Primer semestre de 2011, ps. 3-25.

(139) CIURO CALDANI, M. Á., “Significados tácticos (...)”, op. cit., p. 48.

(140) KELSEN, H., Teoría pura del Derecho, op. cit., p. 55.

(141) LUCAS VERDU, P., “El orden normativista (...)”, op. cit., p. 71.

(142) LUCAS VERDU, P., “El orden normativista (...)”, op. cit., p. 70; ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “La teoría pura del derecho (...)”, op. cit., p. 9, LA TORRE, M., Sobre Derecho y Utopía. Ensayos de filosofía política y social, 1a edición, traducción castellana de Francisco Javier Ansuátegui Roig, Murcia, 1999, p. 79; CIURO CALDANI, M. Á., Metodología jurídica (emblema), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídica, 2000, p. 5.

no hubiera nacido en Tucumán y no hubiera desarrollado su trabajo en un país muy alejado de los grandes centros mundiales de producción intelectual” (143). Su compatriota Dante Cracogna, en un trabajo que destina a su legado, sostiene: “Trajo al terreno de la reflexión iusfilosófica las más trascendentes novedades que se habían producido en la filosofía general y las puso en contacto con los problemas peculiares de aquella, produciendo de esa suerte desarrollos originales que florecieron en un renovado y promisorio panorama” (144). Más adelante, este autor llega a sustentar que el “primer legado de Cossio consiste en su apertura a las corrientes más relevantes del pensamiento filosófico universal contemporáneo” (145).

Estos señalamientos exigen matizaciones. Cabe anticipar que lo dicho en relación con el ambiente intelectual y el desarrollo teórico en que estuvo inmerso Kelsen, es más acentuado en el caso del progenitor de la teoría egológica. Hay que comenzar planteando que el gestaltismo es una de las manifestaciones del antipositivismo, que tiene su punto de partida en la corriente fenomenológica, en especial en Wilhelm Dilthey (1833-1911) y en el tantas veces citado Edmund Husserl. Seguidamente, hay que añadir que el argentino Risieri Frondizi (1910-1983) tuvo el mérito de aplicarlo con mucha originalidad al ámbito de la axiología, en su obra *¿Qué son los Valores?: Introducción a la Axiología* (146), publicada en 1962. Si bien reconoce haber tenido una variedad de influencias de posturas y corrientes filosóficas, concibe los valores como “cualidad gestáltica” (147). Esta novedad alcanzó relieve mundial, colocando a este autor latinoamericano entre los clásicos de la axiología y la ética (148). Frondizi, vivió mucho tiempo en el exilio (Venezuela, Puerto Rico y Estados Unidos), pero en los años que vivió en la Argentina fue fundador del Departamento de Filosofía de la Universidad de Tucumán (1938-40); catedrático de las áreas de Ética y Filosofía Contemporánea en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (1956); decano de esa facultad (1957); y, meses después, rector de esa magna casa

(143) CÁRCOVA, C. M., *Las teorías jurídicas (...)*, op. cit., p. 79.

(144) CRACOGNA, D., “El legado (...)”, op. cit., p. 199.

(145) *ibíd.*, p. 208.

(146) FRONDIZI, R., *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3a edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

(147) SCIVOLETTO, G., “La filosofía de Risieri Frondizi en El punto de partida del filosofar”, *Cuyo, Anuario de Filosofía Argentina y Americana*, nro. 21/22, años 2004-2005, p. 257.

(148) Sobre su vida y obra y en cuanto a su sitial en el marco de la axiología, pueden consultarse GRACIA, J. J. E., “Biografía de Risieri Frondizi”, en *El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi*, Jorge J. E. GRACIA, Puerto Rico, Universidad de Puerto Rico, 1980, p. 11-22; CAPPELLETTI, Á. J., “Axiología y ética de Risieri Frondizi”, en *su Filosofía argentina del siglo XX*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 1995, ps. 141-173; MIRÓ QUESADA, Francisco, “La filosofía de Risieri Frondizi”, en *El hombre y su conducta (...)*, op. cit., ps. 39-46; SCIVOLETTO, G., “La filosofía de Risieri Frondizi (...)”, op. cit., ps. 255 a 283; PAPPAS, G. F., “El punto de partida de la filosofía en Risieri Frondizi y el pragmatismo”, *Anuario Filosófico*, XL/2, 2007, ps. 319- 342; y VEGA, A., “El pensamiento educativo, filosófico y político de Risieri Frondizi y su rectorado en la Universidad de Buenos Aires”, en *X Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*, 2013, ps. 1-22.

de estudios (1957-1962). Desde el punto de vista filosófico, es considerado como uno de los más conspicuos filósofos latinoamericanos. Además, se estima que constituyó, en este orden, un puente “entre el mundo hispano y el mundo anglosajón” ⁽¹⁴⁹⁾.

Es posible sostener que Kelsen no haya conocido a los fundadores de la Escuela de la Gestalt y que no haya estado al tanto de sus aportes epistemológicos, pero lo que sí no puede suscribirse es que Cossio no haya conocido a Risieri Frondizi y que haya desconocido su producción científica. El propio Cossio lo menciona en carta al profesor Juan-Ramón Capella, del 16 de enero de 1972 ⁽¹⁵⁰⁾. Además, debe subrayarse la participación de ambos en el Primer Congreso Interamericano de Filosofía, celebrado del 8 al 15 de julio de 1956, en Santiago de Chile. En esa ocasión, Frondizi fue designado vicepresidente del cónclave y expuso en la segunda comisión su trabajo “Sobre la objetividad de los valores”. Cossio lo hizo en la tercera comisión con su ponencia “Actitudes filosóficas de las Ciencias Jurídicas”. En esta última, dedicada a los “problemas actuales de la filosofía del derecho”, disertaron importantes juristas que durante sus trayectorias expositivas intercambiaron y confrontaron sus puntos de vista con los del creador de la teoría egológica del derecho, entre ellos: Luis Recaséns Siches (México); Miguel Reale (Brasil); y Jorge Millas (Chile).

Cossio accede a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1946, momento en que las relaciones entre el gobierno peronista y la Universidad eran muy tensas y de enfrentamiento y el escenario institucional estaba muy convulso y politizado. Por un lado, según el propio Cossio, los “católicos peronizados”, y por otro, los “liberales rebeldes” ⁽¹⁵¹⁾. Hacia finales de 1946, un tercio de su claustro había cesanteado o renunciado y un año después, el peronismo suprime la autonomía universitaria (por ley 13.031 de 1947). El hecho de que Cossio no dimitiera hizo que fuera tildado de haberse “peronizado” ⁽¹⁵²⁾. Al mismo tiempo, la postura egológica no solo encontró adversarios en los seguidores de Kelsen y en los grupos católicos tradicionalistas que en términos generales cultivaban el iusnaturalismo, sino en defensores del derecho penal liberal, como Sebastián Soler y Jiménez de Asúa, que sostuvieron arduas polémicas con Enrique R. Aftalión y Laureano Landaburu, discípulos y amigos de Cossio, por considerar que las tesis egológicas eran expresión del “derecho penal nazi” ⁽¹⁵³⁾ y constituían

(149) PAPPAS, G. F., “El punto de partida (...)”, op. cit., p. 320.

(150) COSSIO, C., “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 25, 2002, p. 731.

(151) *ibíd.*

(152) *ibíd.*

(153) ROLDÁN CAÑIZARES, E., *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 273.

un retroceso a los postulados del derecho penal medieval del siglo XIII ⁽¹⁵⁴⁾. Es preciso destacar que Risieri Frondizi, junto a José Luis Romero, quien en 1956 estuvo involucrado en la expulsión de Cossio de la Universidad de Buenos Aires, militaban entre los “liberales rebeldes”, así como que aquel era amigo íntimo de Jiménez de Asúa; de hecho, este abandona la Universidad del Litoral y se traslada a aquella casa de estudios en 1958, en ocasión de desempeñarse Frondizi como rector ⁽¹⁵⁵⁾.

Tanto Cossio como Frondizi pertenecen a lo que en el marco de la evolución de la filosofía latinoamericana se ha dado en llamar “grupo generacional de los años treinta” o “generación de los ‘forjadores’” ⁽¹⁵⁶⁾. Dentro de él, Cossio se afilia a la dirección que asume la “modernización de origen germánico”, como reacción antipositivista bajo el influjo de José Ortega y Gasset (1883-1955) ⁽¹⁵⁷⁾ y de la *Revista de Occidente* ⁽¹⁵⁸⁾, de la cual era director. Con su teoría egológica del derecho pervive casi inalterable esta línea de pensamiento, sin llegar a advertir su insolvencia para explicar la realidad social del continente y refutar válidamente el positivismo. Frondizi, en cambio, la asume inicialmente y luego adopta una postura crítica frente a ella y en relación con todas las demás concepciones filosóficas vigentes en el subcontinente, con el objetivo de identificar y aprovechar sus rasgos positivos para la conformación de su propia postura. Aun cuando la doctrina

(154) Sobre los sucesos expuestos en este párrafo, véase COSSIO, C., La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 50; FRONDIZI, R., Las Universidades argentinas bajo el régimen de Perón, México, D.F., Cuadernos Americanos, 1948, p. 44; SEGOVIA, J. F., “El peronismo y la Constitución de 1949 en la crisis de legitimidad argentina”, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, tomo XXXII, 2005, ps. 1-48; del mismo autor, La Constitución de Perón de 1949. El reformismo entre la legalidad constitucional y la legitimidad política, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo; Instituto de Historia Americana y Argentina, 2019, ps. 79, 267, 278, 281, 287, 335, 357-360; MAFFÍA, D., “El análisis filosófico y la universidad de las catacumbas”, XV Congreso Nacional de Filosofía AFRA (Asociación Filosófica de la República Argentina) 6 al 10 de diciembre de 2010, Buenos Aires; y ROLDÁN CAÑIZARES, E., Luis Jiménez de Asúa (...), op. cit., ps. 60, 272-274, 289.

(155) ROLDÁN CAÑIZARES, E., Luis Jiménez de Asúa (...), op. cit., ps. 60 y 289.

(156) BEORLEGUI, C., Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incansante de la identidad, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2010, p. 485.

(157) Sobre su filiación al pensamiento fenomenológico alemán y su difusión en el mundo de habla hispana, FERREIRO ALEMPARTE, J., “José Ortega y Gasset y el pensamiento alemán en España”, *Glossae*, Revista de Historia del Derecho europeo, nro. 2, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1989-90, ps. 143-159; SAN MARTÍN, J., “Los escritores del 98 en la configuración del pensamiento de Ortega”, HERRERA GUIDO, R., “Ortega y Gasset: la rebelión de las masas como filosofía de la cultura”, GONZÁLEZ DI PIERRO, E., “Ortega, intérprete de Husserl. La idea de Europa como en enlace fenomenológico”, GARCÉS NOBLECÍA, R., “Ortega y Gasset y la tecnificación del mundo”, *Devenires*, año VI, nro. 12, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, julio de 2005, ps. 113-133, ps. 134-152, ps. 153-165, ps. 166-176, respectivamente; MUÑOZ LÓPEZ, B., “El pensamiento alemán en la obra de José Ortega y Gasset”, *Kobie*, Serie Antropología Cultural, nro. 17, Bilbao, Bizkaiko Foru Aldundia-Diputación Foral de Bizkaia, 2013, ps. 43-54; y MARTÍN, F. J., “La obra de José Ortega y Gasset y el pensamiento en lengua española”, *Avatares filosóficos*, nro. 3, Revista del Departamento de Filosofía, 2016, ps. 2-12.

(158) HURTADO, G., “Balance y perspectivas de la Filosofía latinoamericana”, *Éndoxa*, Series Filosóficas, nro. 12, UNED, Madrid, 2000, p. 363; y FRONDIZI, R. y GRACIA, J. J. E., *El hombre y los valores en la filosofía latinoamericana del siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 187.

de este pensador argentino tuvo sus insuficiencias ⁽¹⁵⁹⁾, se propuso superar el “tradicional abismo entre el ser y el deber-ser” con la incorporación de la cualidad estructural *Gestaltqualität* ⁽¹⁶⁰⁾.

El frondizismo ocupa un merecido sitio en el pensamiento axiológico como además de superación de los unilateralismos objetivistas y subjetivistas ⁽¹⁶¹⁾. En el marco de la filosofía latinoamericana se inscribe como uno de los primeros ejemplos de la tradición filosófica autóctona ⁽¹⁶²⁾, que se propone “repensar lo latinoamericano desde sus propios cánones y perspectivas” ⁽¹⁶³⁾.

Las tematizaciones egológicas de Cossio son, sin lugar a dudas, originales e innovadoras, pero, en nuestra opinión, su florecimiento y legado pudieron haber sido mayores de llegar a advertir las limitaciones epistemológicas de la fenomenología y de incorporar a su propuesta iusfilosófica la teoría de la Gestalt. El hecho de nacer en Tucumán y de desarrollar su labor en la Argentina, no fueron un óbice para ello. El desarrollo teórico alcanzado en ese entonces por la filosofía latinoamericana le propiciaba ese salto enriquecedor. Las razones que lo impidieron, de conformidad con los datos biográficos aportados, están más ligadas a sus propias vivencias y su elección ideológica.

(159) FABELO CORZO, J. R., Los valores (...), op. cit., ps. 28-34, y del mismo autor, “Epílogo: Valoración del pensamiento axiológico de Risieri Frondizi”, Pensamiento Axiológico. Antología, Biblioteca Americana, Universidad del Valle-Instituto Cubano del Libro. 2011, Cali-La Habana, ps. VII-XXIII.

(160) GRACIA, J. J. E. y FRONDIZI, R., El hombre y los valores (...), op. cit., ps. 198 y 292.

(161) FABELO CORZO, J. R. Los valores (...), op. cit., ps. 28-34.

(162) SERNA, M. E., “La filosofía en la historia de América Latina”, Cuestiones de Filosofía, nro. 15, Tunja, 2013, p. 173.

(163) BEORLEGUI, C., Historia del pensamiento (...), op. cit., p. 487.

EL NÚCLEO FILOSÓFICO DEL DEBATE KELSEN-COSSIO

Por Julio Raffo (*)

El tema de mi exposición es “El núcleo filosófico del debate Kelsen-Cossio”, y cuando aludo al núcleo, hago alusión a que en ese debate hay un “núcleo central” y otros temas trascendentes involucrados en la cuestión, y que no pueden desvincularse de ese “núcleo”. Solo por la vía analítica, y como método expositivo, podemos distinguir entre el “núcleo” de la cuestión y la superficie, en un esfuerzo análogo al de la distinción entre “noúmeno” y “fenómeno”, la cual es muy útil para la reflexión filosófica, pero no permite establecer límites precisos en los hechos cuando se los describen.

Pongo en la superficie de aquel célebre encuentro todo lo que se debate respecto de los objetivos que tuvo Kelsen al ir a Buenos Aires, de las cuestiones y entredichos que planteó el libro publicado con los contenidos del debate y otros diálogos generados en aquella circunstancia entre Kelsen con Cossio y otros filósofos argentinos, entre ellos mi querido y recordado maestro, José Vilanova; aspectos que llegaron a plantearse como “la prédica antiecológica”, al calor del debate y sus consecuencias.

Pero sin negarle importancia a todo aquello, voy a tratar de exponer aquí lo que considero que fueron los presupuestos filosóficos del pensamiento de ambos términos de ese debate: los puntos de vista de Cossio sobre el pensamiento de Kelsen, frente a lo que Kelsen sostenía que era su verdadero pensamiento, y que discrepaba bastante de su pensamiento originario. Y en esto está, a mi juicio, la riqueza del asunto, el saber lo que Kelsen pensaba del pensamiento originario de Kelsen, podría aclarar algunos intersticios, pero no podrían intentar dar un paso significativo que fuese más allá del trascendente aporte que el maestro vienés había realizado.

(*) Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; director de la “Cátedra Libre Carlos Cossio” de la Universidad Nacional de La Plata; miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La presente contribución se corresponde con la conferencia magistral pronunciada en el aula magna de la Universidad de La Habana en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

Podríamos decir que la cuestión central era la relación dialéctica entre ambos pensamientos, y el intento —o ilusión— de Cossio de lograr una síntesis entre la teoría pura, tal cual él la había asimilado y enriquecido, y el aporte de la teoría egológica a esa línea de indagación, aporte que contara con la aprobación de Kelsen. Y al respecto debo decir que si en aquellas circunstancias, alguien pensó, o si Cossio pensó que ello era posible, creo que se incurrió en una ingenuidad.

Kelsen ya había abandonado su pensamiento original respecto de la naturaleza de la norma jurídica y por ello nunca reconocería el valor de los aportes de la egología que, precisamente, se apoyaban en aquella antigua y acertada idea suya respecto de que la norma jurídica era una “proposición”, idea que él ya había abandonado cuando llegó a Buenos Aires.

Advierto aquí que nada de lo que yo diga podría entenderse como un desconocimiento del gigantesco valor del aporte de Hans Kelsen a la teoría jurídica, la descripción de la estructura de la norma y del ordenamiento, como un más que significativo avance respecto del pensamiento jurídico vigente hasta la irrupción de la teoría pura del derecho.

En relación con Kelsen, Cossio ya había emitido una opinión fundada y categórica en 1941, en un artículo publicado en el diario *La Nación*, el más antiguo y uno de los diarios más importantes de la Argentina —que había contado entre sus columnistas, entre otros, con José Martí y Rubén Darío, a lo largo de años en el siglo XIX. Esa nota de Cossio se titula: “Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea”, y en su primer párrafo podemos leer. “El 11 de octubre ha cumplido 60 años de vida Hans Kelsen, personalidad genial de filósofo especializado y de infatigable polemista, que ostenta títulos universalmente reconocidos para ver en él el jurista por antonomasia de la época contemporánea y también, sin ninguna clase de dudas, uno de los casos más extraordinarios y fecundos que se conocen en la historia de las ideas jurídicas de todos los tiempos”.

Esa era la opinión de Cossio sobre Kelsen en 1941; y recuerdo que en 1964, en el núcleo selecto de los juristas e iusfilósofos que rodeaban a Cossio —y allí yo era el “benjamín”—, el Dr. Esteban Imaz —quien fuera ministro de la Corte en la Argentina, excluido de ella por la dictadura del general Onganía— solía decir que los juristas se podían agrupar en dos grandes clases; “los prekelsenianos y los poskelsenianos”, siendo que los primeros estaban atados a diferentes visiones iusnaturalistas sobre el derecho, con pensamiento confuso y sin respuestas claras sobre los principales problemas jurídicos, como el que planteaba la paradoja de Binding, mientras que a los poskelsenianos las dificultades de ese tipo les resultaban problemas aparentes, a los cuales Kelsen disolvía con talento y claridad, a la vez que la teoría pura abría las posibilidades de nuevas y ricas reflexiones dentro del

campo de un positivismo jurídico, que no se redujese a ser un mero “positivismo normativo”; que fue lo que precisamente hizo la teoría egológica.

Y la revolución que significó el pensamiento de Kelsen, y la riqueza de sus aportes fue y es valorada intensamente por la egología, pero la cuestión no radicaba en cómo explicar bien lo que Kelsen ya había dicho, sino en cómo ir más allá de lo que él señaló a partir de esos aportes.

Y esto ya lo había señalado Cossio en aquella nota de 1941 al decir: “Una doctrina tan magna como la Teoría pura del Derecho no podía menos que ser diversamente interpretada (...). El hecho no ha de sorprender a nadie porque es una historia que constantemente se repite en la historia del pensamiento”. Y agrega: “Sin embargo a nosotros nos parece que la interpretación filosófica del maestro debería ir más lejos de lo que ha ido; debería, ganando en profundidad, haber llegado a aquel estrato en que la hemos colocado, y en donde se patentiza su creación de la Lógica jurídica en sentido concreto (...) por lo tanto pone a nuestra interpretación en el terreno de la más rigurosa autenticidad [y por ello] (...) se emplaza a la Teoría pura en la esfera de la Lógica jurídica, con una perspectiva inadvertida hasta hoy, acaso por ser su perspectiva más profunda”. Esta nota fue incluida como Apéndice en la primera edición de la *Teoría Ecológica*, en 1944.

Y la egología, que asumía integralmente a la teoría pura como lógica jurídica, constituía, con la poderosa herramienta filosófica de la fenomenología existencial, esa “perspectiva más profunda” que, hasta el célebre debate de 1949, aspiraba a ser reconocida como tal por el maestro vienés.

En aquellas circunstancias Cossio bien pudo decir lo que Aristóteles dijo respecto de sus discrepancias con las ideas de su maestro: “Soy amigo —y admirador— de Kelsen, pero soy más amigo —y más admirador— de la Verdad”.

Pero el problema radicó en que la teoría pura resultó ser una obra en permanente cambio en vida de su creador, porque él la fue modificando en diversas oportunidades. Tanto el profesor Losano, en magistral trabajo, como muchos otros autores han señalado la importante modificación, o si se quiere el abandono, que Kelsen hizo de los fundamentos originales de su teoría pura. Entre ellos el destacado profesor Andrés Botero Bernal, al analizar la polémica entre Kelsen y Hart, señaló varias de las “precisiones o incluso correcciones” que el propio Kelsen le hizo a Kelsen “una vez radicado en los EE. UU.”. Y desde la egología se considera que, con las modificaciones a su pensamiento, el propio autor desnaturalizó gran parte de la riqueza de la teoría pura del derecho original y clausuraron la posibilidad de que la egología fuese un paso más adelante, dado en comunión de pensamiento con el maestro vienés. Era y es un paso más adelante, armónico con la ver-

sión originaria de la teoría pura, pero no lo es frente a la reformulación que Kelsen ya había hecho de sus propias ideas.

Cabe advertir acá que, en materia de las ideas filosóficas, no resulta aplicable el principio que rige para las leyes, según el cual, la ley posterior deja sin efecto y sin valor la norma anterior, la cual contradice. En materia de la descripción de los fenómenos, o de las ideas sobre ellos, las ideas posteriores de un autor no invalidan a las anteriores, ellas pueden ser la continuidad y la profundización del pensamiento que las originó, o pueden hacerlo retroceder y contradecirlo, desvirtuándolo. Y esto es lo que, desde la egología, se vio que Kelsen había hecho con su propio pensamiento.

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires había un profesor muy erudito y laborioso que recibía y leía regularmente las publicaciones que en inglés y en alemán hacía Kelsen, y cuando uno afirmaba algo respecto de la teoría pura, él descalificaba lo afirmado, señalando que en un último y reciente artículo, Kelsen ya no sostenía más lo que había dicho antes, como si el pensamiento posterior de un autor tuviese la capacidad de hacer erróneo a su pensamiento anterior, cuando, como en el caso examinado, sucedía lo contrario.

Con algo de ironía de Kelsen podría decirse algo recíproco a lo que Stravinski dijo —con maldad— de Antonio Vivaldi, cuando sostuvo que no había escrito seiscientos conciertos, sino que había escrito un mismo concierto seiscientas veces; y Kelsen no habría escrito una teoría pura, sino muchas, porque podríamos decir que hay tantas como ediciones el corrigió, a raíz de que él fue introduciendo en ella modificaciones de tal relevancia intersticial que cada edición que él corregía presentaba puntos de vista diferentes respecto de algunas cuestiones centrales.

Recordemos que Kelsen dijo, y sostuvo con firmeza, que la teoría pura es “la Ciencia General del Derecho”; a su juicio, las otras teorías no alcanzan el nivel del conocimiento científico. ¿Y por qué dice esto que descalifica gravemente a quienes no adhieren a su pensamiento? Porque tiene conciencia del enorme aporte realizado al describir y definir los conceptos fundamentales que integran toda norma jurídica y, con ella, todos los ordenamientos jurídicos posibles; lo que equivale a decir todos los ordenamientos jurídicos del mundo, actuales, pasados o por venir.

Y en eso fue radicalmente kantiano porque, así como Kant se dedicó a describir las estructuras y categorías de todo conocimiento racional posible —en su *Crítica de la Razón Pura*—, él en su *Teoría Pura* —y notemos la coincidencia parcial del título: ambas son “puras”— se abocó a la descripción de las estructuras y categorías de toda ciencia jurídica posible, analizando —o diseccionando— la norma jurídica.

Comienza por colocar en el centro de la escena el concepto —¿o categoría?— de sanción, del cual brinda una definición entitativa al describir su contenido esencial: la sanción es para él, y esto todos los poskelsenianos lo sabemos: un mal, o privación de un bien, aplicado por un órgano del Estado, que actúa coactivamente, en virtud de una norma jurídica que lo prevé.

Para entender el “encuentro-desencuentro” filosófico entre Kelsen y Cossio en aquel debate hay que detenerse a examinar las coincidencias y discrepancias de sus miradas sobre el derecho en el momento del encuentro, no en el momento que Cossio adhirió a la teoría pura en su versión fundacional, sino en la nueva versión que Kelsen daba respecto de aquellas antiguas ideas. Cossio se distanció del “nuevo Kelsen”, por ser fiel a la mejor posibilidad que brindaban, al desarrollo de la comprensión del fenómeno jurídico, las ideas primigenias del primer Kelsen.

Repasemos las grandes líneas de aquel pensamiento: Kelsen desarrolla el análisis de la norma a partir del concepto de sanción, y sobre la base de ese concepto define los demás conceptos jurídicos fundamentales: la transgresión, como aquella conducta que condiciona la aplicación de una sanción; la prestación, o deber jurídico, como aquella conducta que es lo contradictorio —o negación— de la transgresión; el responsable, como aquel al cual se imputa la sanción; y el transgresor, aquel que realiza la conducta prevista como trasgresión. Y con una lógica impecable y subyugante desarrolló el resto de las cuestiones jurídicas relevantes a partir de esas definiciones; cuestiones tales como el derecho subjetivo, el derecho de propiedad, la personalidad de las personas jurídicas, son analizadas y explicadas con admirable rigor a partir de aquellas primeras definiciones doctrinarias sobre la norma jurídica.

Y frente a esos aportes no había grandes diferencias entre lo que Kelsen había dicho y lo que Cossio había hecho suyo a partir de las enseñanzas del maestro vienés.

Sobre la base de esa caracterización de la norma y los conceptos jurídicos fundamentales que están involucrados en ella, Kelsen desarrolla el resto de su teoría con aportes respecto de los cuales nunca hubo discrepancia de fondo, aunque sí de relevancia. Para repasar los aportes más significativos sigo al profesor Kunz —querido y cercano discípulo de Kelsen—, quien ha sostenido que lo relevante de aquella teoría fue: a) el centrar en el derecho positivo la indagación jurídica a realizar, abandonando así todo iusnaturalismo; b) advertir en el derecho un sistema de normas que configuran un ordenamiento, con sus relaciones de jerarquía y fundamentación —formal y material— de unas normas con otras; c) la relación de fundamentación entre las normas, y la validez o invalidez formal de ellas en función del cumplimiento, o no, de las prescripciones de las normas superiores relativas al “qué” (contenido) y al “quién” (órgano) de su dictado; d) la teoría de la norma

fundamental; e) la identidad entre el Estado y el derecho; f) la relación de imputación, como categoría que vincula a la sanción con la transgresión, categoría esencialmente diferente a la de causalidad, propia de las leyes que formulan las ciencias naturales; g) la teoría de la interpretación, que niega el rigor del silogismo judicial, que pretende someter al juez a una única solución jurídicamente válida, la relación entre la sanción y los demás conceptos jurídicos fundamentales, etcétera. Y frente a estos temas la egología no expresaba ni expresa discrepancias contradictorias, pero realiza aportes de relevancia que permiten ir más allá de la teoría pura, partiendo del escenario y los señalamientos que la teoría pura había realizado y del análisis fenomenológico del derecho. Es como si frente a todos aquellos aportes desde la perspectiva egológica se dijese “sí, pero...”.

¿Que las normas integran esencialmente el fenómeno derecho? Sí, pero no lo agotan. Porque hay otras dimensiones del fenómeno jurídico a indagar: los hechos en su relación con las normas, los valores, la justicia —o la injusticia— como modalidad de la relación social. En algún lado, y con arbitrariedad, se ha señalado que las normas son el 33% del fenómeno jurídico, y nunca supe por qué se fijó la cuota en el 33% y no en el 38% o el 29%. La egología entiende que esa participación de las normas en el fenómeno jurídico es innegable por ser esencial, pero no cuantificamos esa presencia, por diversas razones que no cabe discutir aquí.

¿Sobre la norma fundamental? Sí, es así como lo señaló Kelsen: se trata de una categoría epistemológica del conocimiento jurídico, pero falta distinguir entre la norma fundamental abstracta, válida para todo tiempo y lugar, de la norma fundamental concreta que, gracias al principio de efectividad, nos permite ubicar históricamente al ordenamiento jurídico.

¿Sobre la interpretación como elección dentro de un marco de posibilidades delimitado por las normas? Sí, pero esa elección no constituye un mero acto de voluntad, sino un acto de valoración, mediante el cual el juez ha de actualizar o la justicia o la injusticia que le imponga a las partes, valoración que está estrechamente ligada a los horizontes ideológicos e intereses que conducen el pensamiento de los jueces.

¿Sobre la relación de imputación? Sí, sin agregados ni restricciones.

¿Sobre la creación de normas individuales que hacen los jueces al sentenciar? Sí, pero recordando que al hacerlo realizarán, por fuerza, un acto de justicia o de injusticia, y ello no es ajeno a las indagaciones de la iusfilosofía ni un tema extraño a la ciencia jurídica.

¿Sobre el concepto de sanción y la estructura de la norma? Sí, pero hay que integrar en la norma —en una estructura lógica disyuntiva— al deber jurídico —o prestación—, entre los cuales se encuentra el acatamiento a los actos coactivos, que restringen derechos, infringidos por el Estado, coac-

tivamente y aplicando normas, que no tienen el sentido de ser sanciones, como lo son la “cuarentena” o “el rifle sanitario”, y que carecen de ubicación en la estructura lógica simplificada que Kelsen propone, por lo cual ese concepto la egología lo absorbe en un concepto de sanción más amplio, que ve en ella la “reprogramación coactiva de la conducta realizada por el Estado aplicando normas jurídicas”, como lo desarrollara José Vilanova, con lo cual se disuelve la discusión de si las nulidades son o no sanciones: sí lo son, desde la perspectiva egológica, porque reprograman coactivamente lo que los participantes del acto nulo pretendían realizar.

¿Sobre el deber jurídico como la conducta contradictoria a la que determina la imputación de una sanción? Sí, pero esa caracterización expone acertadamente los deberes jurídicos en sentido estricto, pero es insuficiente para los deberes en sentido amplio o amplísimo, como lo señalara y defendiera Hart para las reglas de reconocimiento —que advirtió el fenómeno de esos deberes sin ser ególogo, porque supo ver el mismo fenómeno— y que con detalle desarrollara Vilanova.

Y todo ello estuvo como telón de fondo en aquel debate: reitero que en todos esos temas la egología no veía en Kelsen errores conceptuales, sino carencias o insuficiencias que podían y debían ser superadas con el auxilio de la fenomenología existencial que ella había aplicado para describir y comprender el fenómeno “Derecho”. Lo que sí, en términos generales, resultaba ser grave es que aquellas carencias impedían advertir y describir la riqueza y complejidad de gran parte del fenómeno jurídico. Y, reitero, pensar que Kelsen iría aceptar que su teoría pura, tal cual él la había reformulado, podía enriquecerse con el aporte de la egología, era una ingenuidad.

Pero el detonante insalvable, y visible, del desencuentro filosófico radicó en la concepción sobre la naturaleza de la norma jurídica. Ella, ¿es o no “una proposición”? Para la egología no había duda de que lo era, y en esto seguía a la letra el pensamiento originario del maestro vienés.

Kelsen había publicado, en 1911, un libro titulado *Problemas fundamentales de la Teoría del Estado desarrollados en base a la Doctrina de la Proposición Jurídica*. Y ya en el título de esta obra señaera se alude al tema central visible de la discrepancia. La norma era para el Kelsen de los primeros tiempos una proposición. Y esta concepción se reitera en la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, de 1934. Así, resulta que Kelsen dio inicio a su obra magistral afirmando que la norma es una “proposición” jurídica, y ese señalamiento a Cossio lo convenció, y ese convencimiento fue una de las razones de su intensa adhesión al pensamiento de aquel Kelsen original y fundacional.

Pero si la norma es una proposición —o expresión con sentido—, cabe indagar sobre ella a partir de las *Investigaciones Lógicas* de Husserl, quien,

en la “Investigación Primera”, señaló que, en toda expresión con sentido, o proposición, podemos encontrar estos cuatro elementos:

a) El signo sensible que la transmite: la grafía de la palabra escrita, o el sonido de la palabra hablada, el cual se percibe sensorialmente.

b) La significación o concepto; el sentido de la expresión, que se comprende intelectualmente.

c) El objeto mencionado o “mentado” por la expresión porque “toda expresión no solo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo” (Husserl; *I. Lógicas*).

d) El hecho o lo percibido mediante la intuición sensible; la cual vendrá a confirmar, o rechazar, lo que la expresión dice a su respecto.

Y si la norma es una proposición que, por ejemplo, tipifica la muerte que un hombre causa a otro como “homicidio”, y le imputa prisión de 8 a 25 años, cabe preguntarse respecto del objeto y de los hechos a los que alude esa expresión. Tanto Schreier como García Máynez entendieron que en la norma no había mención de hechos, excluyendo a la intuición de lo aludido por la norma.

Para la egología, partiendo de la afirmación kelseniana de que la norma era una “proposición”, la respuesta era otra: las normas aluden a la conducta. Los hechos aludidos por la norma que tipifica el homicidio son las diferentes formas concretas mediante las cuales un hombre puede matar a otro. Es ese hecho de conducta compartida, en el cual uno mata y otro muere, en un mismo fenómeno de interferencia intersubjetiva, lo que la norma mienta. Y así procede el juez: conociendo los hechos con los conceptos que la norma le brinda para asignarles el sentido jurídico que, de acuerdo con las circunstancias del caso, le corresponda.

Así es que, en Buenos Aires, Cossio esperaba a Kelsen con la pregunta que, tal como lo anunciara en 1941, emplazaba al maestro y a la teoría pura: ¿A qué hechos alude la proposición jurídica? Y si la respuesta hubiese sido: a la conducta, la egología hubiese sido un significativo aporte a la teoría pura, pero hubiese sido parte de ella, al menos en esa cuestión central.

Pero no fue así. Kelsen renegó de su posición inicial y negó que la norma fuese una proposición. Y así nació la distinción construccionista —porque nada describe que pueda ser corroborado en los hechos fenomenológicamente— entre norma, “que no es una proposición”, y “regla de derecho”, que sí lo es, y ese engendro de la norma como “orden despsicologizada”, o sea, una orden que carece de un elemento esencial de las órdenes y que es “despsicologizada” no sabemos ni cuándo ni por quién.

Con esa redefinición, la teoría pura dejó de ser lo que era, y perdió su mejor posibilidad, al menos en ese punto significativo, y con ello la ruptura con Cossio y la egología fue irreversible.

Este retroceso —a nuestro juicio— de la teoría pura se entiende por la formación de Kelsen, quien era neokantiano, más precisamente podemos decir que estaba inspirado por la Escuela de Marburgo, en la cual ya se había señalado, en la concepción de Kant sobre el derecho, que ella implicaba el triunfo del principio según el cual solo es derecho lo que por medio del acto formal de la legislación se proclama como la “voluntad del Estado”. De este modo, no se busca y estudia en derecho en la historia y en la realidad de las conductas compartidas, sino exclusivamente en la ley. Y la ley es un acto formal del legislador, separado, con fórceps, de la realidad de conducta que la genera y las realidades de conducta a las cuales alude.

Pero hay razones no tan visibles ni tan señaladas como la que acabo de exponer, que ponen en evidencia otras dimensiones, también profundas, para aquel desencuentro.

En la Teoría Pura —y estoy citando la segunda edición francesa traducida en la Argentina por Moisés Nilve y publicada por Eudeba, p. 73—, Kelsen significativamente nos dice que “la ciencia burguesa del Derecho abandona el Derecho Natural y se vuelve hacia el positivismo”, rescatando lo que el avance del positivismo había significado pero que, según él, no había sido suficiente. Le faltaba el aporte que él realizaba y gracias a él, esa “ciencia burguesa” alcanzaría su plenitud final, con la pretensión de establecer para el pensamiento iusfilosófico una arbitraria especie de *nec plus ultra*, que se atribuye a la pretensión de clausurar el mundo en el estrecho de Gibraltar, cosa que Colón y Carlos V desvirtuaron con toda desenvoltura y éxito.

Al señalar que la ciencia burguesa del derecho estaba incompleta, y que por ello no había llegado a ser para llegar a ser ciencia plenamente, Kelsen da por descontado que no hay otro punto de vista científico posible que vaya más allá de lo que, desde esa perspectiva, podría decirse. Y en esto él, como nadie en el mundo del derecho, expresa el racionalismo de la Revolución francesa, que entronizó a la burguesía en el centro del poder, negando que haya otra sociedad u otra ciencia posible más allá de lo que, a partir de esa ideología hegemónica, podía vislumbrarse o aceptarse.

La ciencia burguesa del derecho no podía aceptar el transitar por un camino que introdujese hechos sociales, bajo la especificidad de la conducta en interferencia intersubjetiva —de acuerdo con la descripción canónica de la egología—, porque ello terminaría, inexorablemente, el cuestionamiento de la dimensión de tipo sagrado que la burguesía le asigna a las normas jurídicas que regulan las relaciones de producción y, con ellas, la reproducción del sistema económico y social. No obstante, él había tenido la lucidez

y el coraje de señalar que los derechos reales —de propiedad— no son una relación entre una persona y una cosa, sino que son relaciones entre personas: los propietarios —poseedores— y los no propietarios o desposeídos. Lamentablemente, el maestro vienés no profundizó en esta cuestión y optó por excluir a la justicia del ámbito del derecho y de la reflexión iusfilosófica.

Pero no, Kelsen no solo no avanzó, sino que retrocedió significativamente, y ese retroceso tuvo su esplendor en el debate con Cossio al desnaturalizar su concepción originaria respecto de la naturaleza de la norma jurídica.

Y para consolidar ese retroceso hubo que aferrarse a la idea de que fuera de la teoría pura no hay ciencia jurídica, y que el derecho es norma, y solo norma, estableciendo así un verdadero lecho de Procusto iusfilosófico, mediante el cual se excluía del derecho y de la ciencia jurídica la consideración de los valores y de la justicia, de las ideologías, a la vez que reducía el hecho de la vigencia de las normas —verdadero núcleo central de la positividad— a una extraña relación con la validez formal de ellas y la vigencia del ordenamiento.

Así como la Iglesia católica estableció como dogma y principio fundamental la máxima de san Cipriano de Cartago: “*Extra Ecclesiam nulla salus*”, para señalarnos que fuera de ella y sus prescripciones no hay salvación, del mismo modo la mirada burguesa sobre la sociedad entiende —y Kelsen en ello es su máxima expresión en el derecho— que fuera de su mirada y cosmovisión, no hay ciencia.

Y en aquellas discrepancias de Cossio con Kelsen en algunos de esos temas, que con el tiempo se profundizarían, gravitaba también —a mi juicio— el germen de la aproximación de Cossio al marxismo.

La pretensión de Kelsen de completar, de una vez y para siempre, la ciencia jurídica entronca con el desarrollo del positivismo que desarrollara Augusto Comte, quien consideraba a los hechos sociales como “cosas” que, por lo tanto, debían ser tratados por la ciencia también como “cosas”. Y en esa línea transita la teoría pura, para quedarse con “la cosa” jurídica “pura” —las formas de las normas y del ordenamiento—, mutilándola de los valores, las consideraciones sociológicas, las ideologías, los intereses, etc. Y desde la egología entendemos que cuando se realiza esa pretendida “purificación”, se está descartando al niño con el agua del baño. Porque justamente en las relaciones sociales —los hechos de conducta compartida—, impregnadas por los intereses, las ideologías y los valores, está la substancia relevante que nutre el contenido y las funciones del derecho.

Cuando Kelsen reivindica para su punto de vista el de la “pureza”, está a la vez aludiendo a lo “impuros” que somos los que pensamos que aquellas exclusiones no son posibles y que no son ingenuas. Y ante esa acusación

subrepticia respondemos que sí, que somos “impuros”, porque traemos a la consideración de la iusfilosofía los valores, los hechos sociales o “la conducta en interferencia intersubjetiva”, los intereses y las ideologías, porque eso —admirado Maestro Hans Kelsen— también son dimensiones inescindibles del fenómeno jurídico.

Y esta reducción —o mutilación— del derecho a ser norma y solo norma, no es inocente, sino ideológica. Y esta cuestión estaba como telón de fondo no tematizado en aquel desencuentro célebre.

Esto lo terminó de señalar Cossio con toda precisión en su comunicación al Congreso de Filosofía de Ceará, Brasil, en 1962, la cual se titula “Crítica a la Jurisprudencia Dogmática como crítica de nuestra época”, en la cual recuerda que “Durante los últimos años me he dedicado a estudiar esta articulación entre la sociedad capitalista y la Ciencia Normativa del Derecho, con el objetivo de saldar mi deuda respecto de aquella ‘gnoseología del error’ que tengo anunciada como preocupación teórica desde 1944”, y notemos que la fecha que le pone a esa preocupación es de cinco años antes del debate de 1949.

Para exponer su crítica, el Maestro argentino acude a su diferenciación entre el fenómeno jurídico como hecho —o como fenómeno óntico— que se presenta como interferencia intersubjetiva de la conducta en una sociedad dada, y su dimensión ontológica, en la cual aparece la norma tipificando o encuadrando esos hechos en conceptos normativos tales como “pago”, “hurto”, “homicidio”, “acreedor”, “deudor”, etcétera.

Y con esos instrumentos conceptuales, como ejemplo, analiza la relación entre “acreedores” y “deudores” como fenómeno jurídico y nos dice: “El hecho de que el acreedor tenga en los Códigos del siglo XIX todas las ventajas en la relación jurídica, hasta ser incluso más favorecido en ellas que el propio Estado, es una valoración del legislador que el jurista no está llamado a desconocer sino a sistematizar y a esclarecer (...) y debe señalarse la referencia subrepticia al capitalista cuando el legislador se refiere al acreedor (...) es obvio que en forma pre normativa podemos distinguir entre los deudores que pueden pagar su deudas y los que no pueden pagarlas, los primeros tienen bienes y los segundos no los tienen, se trata de una verdad de hecho, ambas clases de deudores existen en la sociedad, dejando de lado casos aislados de que haya algún deudor que tenga bienes para pagar y que no quiera hacerlo”. Con esto nos señala algo obvio, pero que generalmente no se tematiza: que bajo los conceptos normativos de acreedor y de deudor se encuentran, como hecho social, los que tienen bienes —dinero— para prestar y los que no los tienen y acuden al préstamo para satisfacer necesidades, y entre estos últimos encontramos a los que pueden pagar sus deudas y los que no pueden hacerlo. Estas categorías de hechos, normalmente el capitalista —o el Banco, que es lo mismo— aparece regularmente en la

experiencia jurídica como “el acreedor” y el que recurrió a ellos para satisfacer necesidades y carece de posibilidades para pagar sus deudas como “el deudor”, que llega, como demandado, a los tribunales. Y así, “el juez, poco a poco con la experiencia de todos los días va estableciendo una equivalencia entre el acreedor y el capitalista”, frente al “deudor” desposeído de bienes suficientes para atender sus deudas. Y lo mismo podemos decir de los conceptos jurídicos de “locador”, que es el propietario, y el “locatario”, quien debe recurrir al alquiler para tener un lugar donde vivir.

Con ese horizonte para el estudio del derecho positivo de cada país, yo me propuse indagar en detalle, o lograr que alguien lo haga, la relación cuantitativa y cualitativa que hay en el derecho positivo argentino entre las diversas garantías constitucionales y la tutela que a esas garantías les brindan las leyes. Tenemos la garantía de la “propiedad privada”, y a ella el Código Penal la tutela castigando con prisión a quienes la violan mediante el robo, el hurto, la defraudación, la retención indebida, la usurpación, la violación de domicilio y el daño; y el Código Civil le dedica más de mil artículos regulando el dominio, la posesión, los contratos, las sucesiones, etc. Ahora tomemos la garantía brindada al trabajo y al trabajador y qué protección les brindan las leyes: el Código Penal ninguna: no es delito violar esa garantía, y la Ley de Contrato de Trabajo para tutelarla le dedica 277 artículos, estableciendo, muy excepcionalmente, una multa para el caso de algunos incumplimientos. Dos garantías constitucionales formalmente de igual jerarquía y valoración en el texto constitucional, pero tratadas y tuteladas de forma muy diferente en cuanto a la protección que el legislador les ha brindado. Y esto también tiene el rostro de la sociedad capitalista.

Y volviendo al normativismo kelseniano, Cossio, en ese trabajo nos dice: “Mi conclusión es que hay una ideología capitalista cuando el jurista del Siglo XIX trabaja con la idea de que el Derecho es norma —y yo diría: y solo norma— el secreto de la idea está en que el capitalismo para madurar necesitaba contar con una calculabilidad jurídica de los negocios, y esto es lo que la concepción normativa del Derecho garantiza y por eso es que la Teoría jurídica, como ideología capitalista, acoge la idea y la desarrolla sin limitaciones, la necesidad de calcular jurídicamente los negocios conducen a proclamar como verdad jurídica la idea de que el Derecho es norma y nada más que norma”.

Concluyo señalando que no debería habernos sorprendido que bajo la siempre arrogante pretensión de la “pureza”, había gato encerrado y una concepción ideológica al servicio de un interés. En 1964, año en que con otros jóvenes me acerqué a Cossio y sus discípulos para no abandonarlo nunca más, siendo recibidos con generosidad y afecto, él estudiaba Manuscritos Económicos y Filosóficos, del joven Marx, y compartió sus reflexiones sobre ellos.

Y en esos escritos, de 1844, Marx denuncia a la ciencia social que se presentaba como “Economía Política” de su tiempo, y cuyos grandes nombres eran los de Adam Smith y David Ricardo. Frente a esas teorías, Marx dijo que en ellas “No se ve la conexión entre la Economía Política con el Estado, con el Derecho, la moral, la vida civil”, porque todo ello era mutilado por aquellas concepciones. Y agrega que esa mutilación “la hacen repitiendo continuamente sobre la seguridad de la pureza de la crítica que realizan”. Así es que el joven Marx denunció y criticó la pretensión de la “pureza” de la Economía Política de su tiempo, que se presentaba con la pretensión de ser una ciencia definitiva que arbitrariamente aislaba su objeto —la Economía— del Estado, el derecho y la realidad social —que denomina “vida civil”—. Y a esos teóricos los denominó “los teólogos críticos que charlan sobre la pureza y el carácter definitivo de la crítica que consideran la verdadera superación de la filosofía”.

Un lector desprevenido podría pensar que Marx hablaba de Kelsen, porque esas mismas pretensiones, de racionalidad, pureza y culminación del pensamiento científico que él veía, y denunció, en Adam Smith y David Ricardo se encuentran presentes en el pensamiento del maestro vienés. Y Cossio lo barruntó en 1949 y lo tematizó con toda claridad poco tiempo después.

Y este fue el núcleo filosófico no ostensible de aquel desencuentro memorable, que se escondía detrás de la pretensión de Kelsen de reducir el derecho a norma, y la actitud de Cossio de rechazarla.

UNA PERSPECTIVA TRIALISTA DEL DEBATE KELSEN-COSSIO

Por Miguel Ángel Ciuro Caldani ()*

Tengo para mí que hay dos motivos poderosos para interpretar la visita de Kelsen como “el bello prólogo de una bella epifanía” ⁽¹⁾. Creo que hoy podemos valorar este acto al menos de dos maneras diferentes.

Una manera es pensando, como quizás lo haría Werner Goldschmidt, en el sentido de la historiografía dikelógica. Historiografía dikelógica quiere decir escribir la historia de nuevo para reparar injusticias. Y tengo para mí que el diálogo Hans Kelsen-Carlos Cossio y sobre todo la vida de Cossio merecen ser replanteados. La del maestro argentino es una biografía que debe ser reescrita. Corresponde a ambos este acto de historiografía dikelógica. Viví el eclipse de la personalidad brillante del gran maestro argentino y desde mi modestísima posición hice lo posible para que mantuviera el diálogo con las jóvenes generaciones a través de la Universidad Nacional de Rosario, varios de cuyos profesores hoy lo recuerdan, como yo, con enorme estima.

Pero no solo se trata de historiografía dikelógica. Debemos referirnos a dos clásicos. Dos personajes que en ese carácter constituyen hitos de la cultura jurídica, que proyectan significados de maneras perdurables. Viven y se resignifican permanentemente. Cossio y Kelsen valen y tienen carácter de clásicos no son solo según lo que dejaron escrito, sino por lo que sus escritos y sus ideas representan hoy para nosotros.

Estamos en una nueva era donde la humanidad encuentra desafíos antes casi inimaginables. En el nuevo tiempo debemos pensar muy claro, como nos lo exigiría Kelsen, y pensar un claro compromiso con la vida humana, con la conducta, como lo exigiría Cossio. En la nueva era la ciencia no es lo que se suponía en la primera mitad del siglo XX. La ciencia perdió su

(*) Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en la Jornada “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15 de agosto de 2019.

(1) KELSEN, H., y COSSIO, C. Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, Teoría Ecológica y Teoría Pura, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1952, p. 156.

inocencia en Auschwitz y en Hiroshima. Hoy sabemos que la ciencia, toda la ciencia, tiene una enorme responsabilidad social, histórica, cósmica.

Tenemos la responsabilidad de la humanidad dividida de una manera escandalosa entre quienes tienen demasiado y quienes no tienen casi nada. La responsabilidad de una humanidad que puede cambiar su patrimonio genético e incluso producir nuevas especies que tal vez enaltezcan o degraden nuestra condición; penetrar con las neurociencias en lo más profundo de nuestra vida psíquica; aprovechar las dimensiones de lo pequeño en la nanotecnología; poseer datos enormes, que generan poderes tal vez de imposible control y generar inteligencia artificial no solo como complemento sino en sustitución de nuestra especie. Una responsabilidad que debemos contextualizar en el Cosmos que la Astronomía nos hace notoriamente presente, sobre todo mostrándonos el carácter excepcional de la vida humana y de la vida en general. Todos esos deberes a ponderar con la conciencia de los derechos humanos y los derechos de la vida misma. Tal vez la palabra “enorme” quede pequeña ante el reto que debemos afrontar. A través de su logicismo la teoría de Kelsen es un “cheque en blanco” a la Historia, en la nueva era esa amplitud de giro nos resulta inadmisibile. Cossio nos ayuda a limitarlo.

Hans Kelsen nos brinda con su simplicidad pura la posibilidad de pensar el derecho prescindiendo de su disolución en las ciencias sociales y humanas y de la opresión iusnaturalista apriorista. En los días en que Kelsen ideó su modelo, las ciencias naturales y las ciencias sociales y humanas estaban dando cuenta del derecho y el objeto jurídico perdía su autonomía. Mucho se había logrado con tales despliegues, también en sentido riesgoso. Marx y Freud, con sus respectivas grandezas, también abrían caminos para que el derecho fuera explicado metajurídicamente, sin autonomía material. A mi parecer, superar esa situación fue el móvil principal y muy importante que llevó a Kelsen a intentar diferenciar, a través de la distinción entre causalidad e imputación, las ciencias llamadas naturales y las ciencias sociales y humanas de la juridicidad. También estaba la amenaza permanente, aunque más débil, del iusnaturalismo apriorista. Hoy hay que aprovechar y superar esos recortes, Carlos Cossio nos indica el camino con un planteo de notoria importancia.

No nos resultaría legítimo hablar solo de normas. Hay una hermosa canción que dice “si la historia la escriben los que ganan, eso quiere decir que hay otra historia”. Si las normas las escriben los que pueden, eso quiere decir que hay otras normas posibles. Las de los que no pueden escribirlas. Desde el pensamiento que podríamos llamar generosamente científico jurídico, tenemos que construir un derecho que no se limite a las normas, porque ellas reflejan los intereses y la fuerza de quienes pudieron redactarlas. Hay que evidenciarlos. Eso es lo que nos marca Cossio.

El maestro argentino abre el camino a la complejidad pura. Kelsen superó la mescolanza, pero Cossio superó, a mi juicio, la mutilación. El maestro de la egología nos indica el sendero de la responsabilidad científica. Cuando tenemos que construir un objeto científico, debemos preguntarnos: ¿quién lo construye?, ¿quién se beneficia?, ¿quién se perjudica?, ¿en qué?, ¿a quiénes escucha? y ¿cómo lo fundamenta? No vengo a decir lo que el derecho “es”, porque creo que es una discusión interminable. Vengo a proponer la construcción de un objeto jurídico que nos satisfaga. Pregunto si queremos o no hablar del hambre de la gente y de un mundo nuevo donde se llega a debatir si la humanidad sobrevivirá, si devendrá una superhumanidad o el mundo irá hacia el transhumanismo y el posthumanismo. Es esta temática jurídica ¿sí o no? Tengo el orgullo de que un argentino a su manera, con su teoría egológica, nos ayuda a pensar que sí. Esto es lo que, me parece, nos compromete más a aprovechar la obra de Kelsen, de un clásico que sentó un hito en la historia del pensamiento jurídico, pero también aprovechar la historia, el hito de nuestro no suficientemente bien tratado maestro Carlos Cossio.

Como quizás era inevitable, la diferencia ideológica Kelsen-Cossio quedó entramada en la grieta que divide a la sociedad argentina, como a las de muchos otros países. Al fin, como tal vez no podía ser de otra manera, la grandeza de Cossio resultó sumergida en la escisión cultural y como resultado de esto el maestro argentino padeció un trato que personalmente nos parece injusto.

No comparto totalmente el modelo de construcción egológica. No soy positivista, no soy iusnaturalista y tampoco soy ególogo. Estoy más próximo a la construcción de alguien que, por lo menos en un momento importante de su existencia, coincidió de manera relevante con el maestro Cossio, aunque luego la vida los llevó por senderos diferentes.

Estoy más cerca del pensamiento tridimensionalista integrativista trialista de Werner Goldschmidt, pero considero que existen profundas afinidades, de referencia vital, entre egología y trialismo. Para dar una muestra de cuánto valoro las proximidades de las dos orientaciones hago presente que en el mismo curso sobre “El enfoque integrador” de la Maestría en Filosofía del Derecho que se dicta en esta Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires explicamos como enfoques integradores a la egología, a cargo del profesor Julio Raffo, y el trialismo a cargo del doctor Juan José Bentolila y mío. Las estructuras temáticas de la egología y el trialismo tienen hondas semejanzas.

Creo que los clásicos viven permanentemente y cada uno los interroga a su manera. Yo puedo decirles cómo el trialismo, en la versión que a mí me parece más apropiada, diferente en partes importantes de la del maestro Goldschmidt —por ejemplo, dado que no soy iusnaturalista— tiene hondas

afinidades con la egología. Puedo mencionar cómo el trialismo dialoga con la teoría pura y la egología.

Me parece imprescindible que, con el término conducta o con otro, el derecho hable de realidad social. Entiendo que la realidad social está, y si los juristas no la consideramos no desaparece. La vida de la gente se desenvuelve de cierto modo afuera de los modelos normativistas. La gente vive y es feliz o desdichada, en parte por lo que los juristas hacemos. La dimensión sociológica, donde se despliega la realidad social, es imprescindible. Werner Goldschmidt tuvo la grandeza de considerar al derecho en la vida, con el juego de intereses y de fuerzas que esto significa. Y diferenció distribuciones y repartos. Tuvo la lucidez de incorporar como base de lo jurídico, las distribuciones de la naturaleza, de las influencias humanas difusas —de la economía, la religión, la ciencia, la técnica, la lengua, el arte, la historia, las concepciones del mundo, etc.— y el azar. Sobre ellas, en alguna medida que, siguiendo a Cossio, Goldschmidt creyó muy importante, se edifica el reparto en la libertad humana, al menos en el obrar humano. Un problema que creo que tenemos que plantearnos con especial seriedad y que Kelsen al principio resuelve, tal vez con acierto, cuando es determinista, y luego no puede salir de ninguna manera e inventa la libertad en la imputación. Esto me parece realmente poco sustentable. “Hay” o “no hay” libertad; aunque todo nuestro pensamiento sea construido. El problema de la libertad, sobre cuya respuesta tengo serias dudas, preocupó mucho a Cossio y a Goldschmidt y desafía a todos los juristas. En la medida en que haya o no libertad, las soluciones serán unas u otras muy diferentes. Hoy el derecho penal se debate de una manera conmovedora, según exista o no libertad del reo. Otros problemas de lo que consideramos realidad de nuestra vida son los de la psicología. Vivimos el tiempo de la liberación de Eros. No se puede entender una sola palabra del derecho de familias presente si no se entiende la liberación de Eros. Tal vez toda la juridicidad deba comprenderse también con esta perspectiva.

Es imprescindible referirse a la realidad social, a la dimensión sociológica. Cossio lo hace al atender a la conducta, el trialismo avanza hacia la consideración de los resultados favorables o perjudiciales al ser, la vida en general o la vida humana, que denomina de manera respectiva potencia e impotencia.

Hay que hablar de las normatividades, pero para utilizarlas en la complejidad del derecho y para desenmascararlas. Si no, la mayoría de las personas casi no entiende qué sucede. Si seguimos hablando solo de normas, la gente cree que la queremos engañar. Porque sabe que las normas no funcionan mecánicamente. Advierten que las normas “viven” en el juego de intereses y de fuerzas. Saben que los jueces no son imparciales ni pueden serlo. Si nosotros hablamos solo de normas, lo que creen es que el derecho es un gigantesco embuste y no una ciencia. Tenemos la responsabilidad de

mostrar a la gente que esto no es un embuste, que es por, de y para ella, para la vida de la gente; al fin ha de ser con miras a la mejor realización de su vida. Me parece muy importante que construyamos la dimensión normológica con diversas normatividades, lógicamente planteadas, pero que no convirtamos, como decía Cossio, al derecho en lógica jurídica formal solamente, según lo edificaba Kelsen. El derecho no “es” solo lógica, no puede ser solo lógica, porque tenemos la responsabilidad de cosas que ocurren más allá de ella.

Además, tenemos el problema de los valores. ¿Incluimos o no valores en el derecho? Desde el mundo griego sabemos que todos los planteos axiológicos no son del mismo modo opinables. Las clases de justicia son caminos para razonar la justicia, que son opinables en cuanto al resultado, pero no en cuanto al interrogante. Los interrogantes axiológicos son muy beneficiosos para el rigor del pensamiento, para el compromiso vital. Ya lo sabía Aristóteles: las clases de justicia, los problemas sobre la legitimidad son ineludibles. Podemos debatir si es más legítima la democracia o la aristocracia. Pero el problema de la legitimidad tiene que ser una cuestión dentro del derecho. También la justicia nos resulta una construcción, pero su consideración nos parece de inevitable atención.

Creo que así se ve que desde distintos interrogantes tenemos que pensar un modelo jurídico tridimensional con las dimensiones sociológica, normológica y axiológica, en este caso dikelógica por la preeminencia que el trialismo da a la justicia. Luego nos es necesario atender a las especificidades jurídicas en la materia, en el espacio, en el tiempo y en las personas. Como todas las materias eran referidas como normas, cuando me recibí de abogado me preguntaba por qué había estudiado veintitantas asignaturas diferentes, porque no veía los principios, porque no consideraba las diversidades tridimensionales de las ramas jurídicas y porque no estaba a tiempo de ver nuevas perspectivas. Vale remitirse a ramas jurídicas tradicionales, como el derecho constitucional, administrativo, civil, comercial, del trabajo, penal, procesal e internacional, y otras que hoy se hacen más notorias, a menudo de carácter transversal, como el derecho de la salud, el derecho de la ciencia y la técnica, el derecho del arte, el derecho de la educación, el derecho ambiental, el derecho de la integración, etc.

En suma, necesitamos hacernos cargo de un desafío que no solo el derecho, sino la especie humana no ha tenido nunca. El desafío de una nueva era. El debate clásico que el 15 de agosto de 1949 tuvo un momento culminante en la cena en la casa de Carlos Cossio, a la que fue invitado Hans Kelsen, transcurrió hace 70 años en este edificio. Desde entonces nos ilumina como una discusión clásica, nos desafía. Hago votos para que seamos capaces de corresponder a la responsabilidad que significa no solo nuestra condición de gente especialmente dedicada al derecho, sino que el debate se haya realizado entre estas paredes.

EL FILÓSOFO COSSIO Y EL JURISTA KELSEN: UN DEBATE SOBRE DERECHO Y POLÍTICA Y SUS IMPLICANCIAS ACTUALES

Por Eduardo Héctor Méndez ()*

El debate Kelsen-Cossio, que se desarrolló en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el mes de agosto de 1949, sigue generando, a pesar de los años transcurridos, una intensa participación tanto de juristas como de filósofos del derecho, en la tarea propia de búsqueda de un objeto de estudio. En ese sentido, el presente trabajo tratará de bosquejar algunas circunstancias de carácter histórico que dieron marco a dicho debate, así como se analizará la relación y la discusión de ambos contendores, desde la posición epistemológica de la cual ambos partían. Se reflexionará sobre si el motivo de la disputa o alejamiento de las posiciones no correspondía a las distintas actitudes por las cuales cada uno de ellos ingresaba al debate. Por ello creo que el señalamiento de Carlos Cossio como filósofo y de Hans Kelsen como jurista puede resultar una buena plataforma de análisis del evento del año 1949, que solo fue un episodio más de un largo proceso de diferencias. Finalmente ingresaremos a las consecuencias del debate en la ciencia jurídica contemporánea y qué tipo de cultura jurídica queda para el presente siglo.

I

El año 1949 en la Argentina fue un año esencialmente filosófico, si a este evento que recordamos se le suma el Congreso Nacional de Filosofía desarrollado en la Universidad de Cuyo, provincia de Mendoza, que tuvo características claramente universales, dada la gran cantidad de participantes que concurrieron. En ese ambiente y espacio marcadamente filosófico se desarrolló el debate Kelsen-Cossio en la Facultad de Derecho de la Univer-

(*) Profesor de Filosofía del Derecho a cargo del curso Teoría Ecológica del Derecho del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; docente a cargo del curso Filosofía del Derecho y teorías de la Justicia de la Universidad Nacional de Lanús; miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho "El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después", realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

sidad de Buenos Aires, que fue un acto más de una larga serie de procesos de acercamientos y discrepancias entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica. Por ello, debe ser analizado como un acontecimiento que nos debe permitir seguir pensando y reflexionando sobre cuál debe ser su lectura correcta.

En efecto, surgen casi ineludiblemente muchas interrogantes desde la plataforma filosófica-jurídica: ¿es que dicho debate debe ser encuadrado meramente en una reflexión sobre la naturaleza del derecho?, ¿sobre qué es el derecho?, ¿o exhibió una pretensión reflexiva mucho mayor? La respuesta a esta última interrogante, a mi entender, es afirmativa, pero por un elemento epistemológico central y que divide el debate, incluso el actual, sobre el fenómeno jurídico.

La posición egológica se enmarca no solo en tratar de responder a la pregunta de qué es el derecho, sino en señalar qué tipo de instrumento es y de qué modo ese mundo de lo jurídico puede ser un elemento transformador de una determinada realidad. Opino que ello fue uno de los ejes por donde transitó el debate, partiendo de un Kelsen dirigido a defender la ortodoxia positivista y un Cossio que resquebrajó ese mundo formalista, con una teoría —no se puede poner en duda— absolutamente novedosa.

Se puede afirmar que el debate fue un largo proceso de conocimiento de ambos contendores, que se inició con intercambios epistolares y que, incluso luego de su permanencia en la Argentina, prosiguió durante algunos años más. El debate estuvo instalado desde la aparición misma de los fundamentos egológicos, a fines de la década del 30. Dice Cossio: “no ha de suponerse que mi polémica con Kelsen comienza en 1949, cuando él (Kelsen) visita Buenos Aires, y que habría terminado también entonces al finalizar dicha tarea. La polémica comenzó en 1937, duró 26 años, y termina en 1963 en Salzburgo, en ocasión del simposio que los juristas celebraron en dicha ciudad en homenaje al maestro por los 82 años, cuando renunció a seguir defendiendo la norma fundamental” ⁽¹⁾.

Cuando afirmo que el debate estaba instalado, me refiero incluso a que el mismo Kelsen y muchos de sus discípulos ya señalaban a Cossio como el gran contradictor del positivismo jurídico. Joseph Kunz, en libro de su autoría, dedicaba un capítulo especial no solo a Cossio, sino a la Argentina. Afirmaba que “es uno de los países dirigentes de Hispanoamérica en el campo de la jurisprudencia, con un interés creciente por la Filosofía del Derecho” ⁽²⁾. Y, además, refiriéndose al maestro tucumano, sostenía: “Es ciertamente grande el número de figuras interesantes en la filosofía jurídica

(1) Nota inédita de los papeles personales de Carlos Cossio.

(2) KUNZ, J. L., *La filosofía del Derecho Latinoamericana en el siglo XX*, traducción de Luis Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 204.

producida en Argentina: pero entre todas ellas el pensador más destacado y original es Carlos Cossio, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, y Presidente del Instituto de Filosofía Jurídica y Social (...). Carlos Cossio ha difundido a Kelsen y es el jefe de la 'Escuela kelseniana argentina'. Mediante su tarea docente, sus obras y la acción de sus discípulos ejerce una amplia y vigorosa influencia en toda América Latina. Tiene de común con Kelsen una actitud polémica para la difusión de su teoría. Desea, muchos más que otros autores, que la teoría jurídica preste servicio al jurista práctico —abogado, juez o profesor— que se ocupa del orden jurídico positivo”⁽³⁾.

En 1952 apareció editorialmente el libro cuestionado por Kelsen, *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho*, el balance provisional, y luego en textos publicados por la Editorial La Ley, la respuesta de Kelsen y la correspondiente respuesta final de Cossio, que no dio por terminado el debate. Las referencias al mismo incluso continuaron en la 2a edición de la *Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, del año 1964, en la que Cossio dedica unas 150 páginas a señalar sus diferencias con Kelsen.

En carta dirigida a Cossio desde Berkeley, con fecha 13 de octubre de 1949, Kelsen se refiere a las conferencias dictadas y le remite una foto suya pidiéndole “que lo aceptes como una expresión de mi amistad”. Y afirma, además: “Tu intención de escribir un libro acerca del pensamiento jurídico en el siglo XIX me ha impresionado mucho. Tu productividad y energía intelectual son realmente admirables. En mi vida no he conocido un académico cuya mente estuviese tan absolutamente concentrada en el objeto de la ciencia como la tuya. Solo unos pocos pueden comprender que semejante grado de concentración no es posible sin enormes sacrificios en su vida personal. Pero únicamente a través de semejante concentración es posible lograr una tarea excelente”. Y luego: “No me resulta muy grato enterarme de lo que me escribiste acerca de tu relación con nuestro amigo en común. Sinceramente espero que la comunidad espiritual que unió al maestro con su discípulo más destacado y amigo, finalmente se restablezca”⁽⁴⁾.

Es decir, con independencia de que los halagos fueran sinceros o protocolares, queda en claro que existió un largo debate, no solo el desarrollado en la Facultad de Derecho de la UBA, sino que, como ya afirmé, fue un largo proceso de lucha intelectual, casi en la frontera de lo personal, y por ello quiero resaltar que cuando me refiero en el presente texto a la corriente positivista, me refiero con ello a Kelsen, sin establecer diferencias entre los positivismos jurídicos que existen. Tampoco me referiré a los supuestos ganadores o perdedores, porque no hace a la buena comprensión de la im-

(3) *ibíd.*, p. 207.

(4) Carta inédita de los papeles personales de Carlos Cossio.

portancia que tuvo dicho evento, en la conformación y debate de la ciencia jurídica.

II

El positivismo jurídico ha surgido del intento de darle al derecho el carácter de ciencia que posea las mismas características de las ciencias físico-matemáticas, y uno de los presupuestos de ello es su carácter neutral en relación con los valores. Concretamente, el positivismo hace de la exclusión de los elementos valorativos, uno de sus principales fines, ya que solo deben existir juicios de hecho.

Norberto Bobbio hace referencia a ello cuando afirma: “El juicio de hecho consiste en un conocimiento acerca de la realidad, en cuanto que la formulación de dicho juicio tiene como única finalidad la de informar, la de comunicar a alguien una constatación; en cambio el juicio de valor consiste en una toma de posición frente a la realidad (...). Para un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor, ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente objetivo de la realidad (...). Por ello, el positivista jurídico asume una actitud científica, porque como decía Austin, estudia al Derecho tal como es, y no tal como debiera ser” ⁽⁵⁾.

Por ello, el positivismo jurídico se afianza en una idea de formalización neutral, aséptica, pues la ciencia señala lo que realmente es derecho, a través de la lógica formal, que asume como criterio de validez y rechaza concepciones de carácter teleológico, considerando que su objeto de estudio es solo la norma jurídica, como principio y fin de todo carácter gnoseológico.

La egología parte de considerar el derecho como cultura, siendo este el primer elemento que la diferencia de la escuela positiva. Es vida humana viviente, de contenido axiológico, culturalista, con énfasis en la conducta del yo, en su sentido biográfico e histórico y en su relación con el alter ego. Todo ello enmarcado en un tiempo presente, dinámico, con un pasado que sobrevive y un futuro que se proyecta, siendo el objeto del derecho la conducta en interferencia intersubjetiva, y resultando la norma jurídica el concepto que alude a una conducta, y esta resulta ser el eje epistemológico central y ontológico.

Como fundador de la “Escuela Jurídica Argentina” pretendió sacar el velo ideológico al concepto jurídico “puro” de la definición kelseniana. El pensamiento egológico nos coloca frente al “otro”, no definido por el ordenamiento normativo, sino definido por su actuación convivencial y coexistencial.

(5) BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, ps. 145 y 146.

Ello era el plexo de conocimientos de cada escuela, representado por Kelsen y Cossio, por lo que resultaba ineludible la confrontación intelectual y teórica sobre la supremacía de una de ellas o la mixtura en pos de una estructura jurídica de síntesis.

III

Una cuestión aparece en el horizonte de la polémica. Sobre la base de lo que surge de las principales características de las escuelas en reflexión, en las que se evidencian nítidamente las diferencias teóricas entre ellas, la cuestión resulta ser las diferencias epistemológicas que tuvo dicha polémica, pero la pregunta que nos podríamos formular es si fue un debate entre dos juristas o dos filósofos, o juristas filósofos. Ya el citado Bobbio sostenía una diferencia entre filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas. Se ha afirmado que “[e]s obvio decirlo no solo ni tanto en el sentido que Kelsen fuera profesionalmente un jurista, sino en el sentido de que su filosofía del Derecho, parte de y trata de responder a problemas propios del jurista. Y más precisamente a problemas propios del jurista teórico”⁽⁶⁾.

Sin perjuicio de la demarcación ofrecida por Bobbio, a mi entender la filosofía del derecho de Kelsen, tomando el parámetro señalado, es de jurista. En su obra inédita de “Ideología y Derecho”, Cossio sostenía que Kelsen era un jurista del siglo XX —lo calificó como el jurista del siglo—, pero que era un filósofo del siglo XIX. Y uno advierte a través de las lecturas que Kelsen habla de los problemas propios del jurista, más que filosóficos, y establecer esta diferenciación resulta importante desde el momento en que existen en uno y otro, criterios más amplios desde el punto de vista gnoseológico o criterios más restrictivos de elaboración de conocimiento. Para Cossio el derecho como conducta es experiencia jurídica y ello supone una construcción del espacio jurídico, de carácter permanente.

El positivismo jurídico es reacio a hablar de un ente dinámico, pues al ser su objeto de análisis la norma jurídica, consciente o inconscientemente, terminan en definitiva analizando la construcción sintáctica y lógica, tratando de apresar su sentido exacto, semejante al de las ciencias formales.

Si bien eran dos rumbos epistemológicos, estimo que se intentó trascender dicho límite. Era más que la teoría; eran dos modos de observar y describir la realidad. El marco teórico del debate era marcado por el jurista, pero el filósofo lo ampliaba. El jurista describía la realidad con conceptos e imputación de normas jurídicas. El filósofo con el sujeto de carne y hue-

(6) BOBBIO, N., “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, 1962, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Editorial Ruiz, Miguel, Fernando Torres, editor, 1980, p. 91, op. cit. pos Juan Ruiz Manero, *Doxa*, nro. 33, 2010, ps. 37-46.

so viviente, pensante y actuante. El jurista abordaba su objeto con la lógica formal. El filósofo lo abordaba con el único dato susceptible de ser captado por los sentidos: la conducta. El jurista hablaba de sanción como concepto jurídico fundamental. El filósofo señalaba a la prestación como concepto centralizador del derecho. El jurista hacía ciencia neutral y restrictiva. El filósofo argumentaba por la politicidad del derecho, en contra de la asepsia neutral de la lógica. Para el jurista el derecho es conectiva de lenguajes y lógica matemática. Para el filósofo es decisión en la vida coexistencial.

Hablar de diferencias epistemológicas significa también el diferente modo de abordar el conocimiento jurídico. Cuando Kelsen se refiere a su definición de persona como un centro de imputación normativa, señala su percepción del derecho. El sujeto de derecho se corresponde con su situación normativa, pero “la experiencia nos señala casi apodócticamente que no podemos sacrificar la complejidad del saber a simples saberes lógicos-formales, porque ello mutilaría la experiencia. Los sujetos al estar en la existencia se encuentran atravesados por elementos racionales, irracionales, mensurables y no mensurables, por factores emotivos, por situaciones de clase, de conflicto y de antagonismo social. Todo ello no puede ser formalizado en una lógica de enunciados ni reducido a las ciencias de la naturaleza”⁽⁷⁾. Para la egología la norma es concepto, no objeto, y como tal solo puede ser abordada por la lógica.

Sin embargo —y en el mismo debate y con las diferencias expuestas—, existieron ciertas coincidencias, como el axioma ontológico de libertad —reconocido en *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho*—, cuando Kelsen afirma que “[e]s la teoría egológica de Cossio la primera que ha demostrado la importancia teórica del mencionado principio; a saber: que todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido, y que, en consecuencia, toda conducta humana está jurídicamente determinada”⁽⁸⁾.

La importancia de dicha afirmación reside en que ello era un quiebre en el pensamiento kelseniano, pues ya no resultaba que los actos y los hechos cobraban relevancia jurídica si ellos eran materia de mención normativa, sino que, con el pensamiento egológico, todo acto humano es jurídicamente relevante porque se definen impedimentos con los demás, haciendo ver que la expresión contraria “todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido” carece de validez gnoseológica. El hombre, el sujeto, es un ser ontológicamente libre.

(7) MÉNDEZ, E. H., *Fenomenología existencial en el Derecho: La teoría egológica como nueva cultura Jurídica*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Nacional de Lanús, 2018, p. 52.

(8) KELSEN-COSSIO, *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho*, versión castellana de Carlos Cossio, Buenos Aires, Kraft, 1952, p. 38.

Ello fue uno de los pocos reconocimientos entre ambos. Pero esas diferencias epistemológicas que marcaban también tenían un fundamento histórico-biográfico. Kelsen es producto típico de la realidad europea y vienesa en particular, en la que se desarrolla una tendencia a formular la defensa de una tradición positivista. De hecho, el autor siempre afirmó que su teoría era simplemente una sistematización de dicha corriente. Se basaba en un apartamiento del espacio metafísico, para arribar a un espacio teórico en que se privilegiaba un tema estrictamente jurídico, sin matiz político, pero con rigor científico y objetividad.

La teoría pura nacerá del resultado de la afluencia de una gran parte de las tendencias del pensamiento filosófico burgués. La teoría pura, desde su prisma, intentó buscar una naturaleza jurídica a todas las categorías políticas que en aquellos años posteriores a la Primera Guerra Mundial se habían resentido, para proyectarlas como simples ámbitos de validez de un orden jurídico específico.

Cossio —que buscaba el sustrato filosófico que diera origen al positivismo— señalaba en ese sentido que “la entraña del pensamiento alemán era racionalista. Leibniz, Hegel, Kant mismo, según la interpretación que de él dio la generación de los idealistas. Había pues una secreta razón sociológica para que la ciencia jurídica alemana tomara como modelo el conocimiento matemático. Cuando el intelectualismo de los juristas alemanes se define frente a la ambigua locución ‘el hecho de la ley’, les tocó acentuar lo concierne a ‘la ley’ en detrimento a la otra parte de la frase. Con ello la ciencia jurídica giraba a una ciencia de conceptos y la creencia de que el Derecho como objeto era la ley en cuanto norma, queda ampliamente revestido con un aparato científico”⁽⁹⁾.

Frente a ello, el pensamiento egológico se encuentra enmarcado en el contexto culturalista, creación pura de Cossio que lucha por la preeminencia de la intuición frente al concepto, calificándola como una fenomenología existencial de la cultura, frente a la dicotomía de la realización normativa y la escasa o nula efectivización del mundo conceptual a la realidad.

El debate desde lo intelectual e ideológico era desigual; frente a una idea ya consolidada por años se erguía un pensamiento culturalista y novedoso que le hacía frente. Así lo dice Cossio, pues “[l]a ciencia jurídica no es una ciencia cultural en posesión de sí misma; todavía la ciencia de los juristas sigue siendo lo que hace un siglo y medio ya era. La verdad filosófica de que el Derecho es un objeto cultural, resulta, así, una verdad bloqueada para la tarea científica que cumplen los juristas. Lograr su desbloqueo ha sido y es

(9) COSSIO, C., Teoría de la verdad jurídica, Buenos Aires, El Foro, 2007, p. 22.

la faena de la Teoría egológica; es decir, haber hecho una verdad de los juristas, la verdad de los filósofos, de que el Derecho es cultura” (10).

Por otra parte, la teoría egológica del derecho nace en este margen latinoamericano de la confluencia husserliana-heideggeriana, sartreana y marxismo crítico. Cuando surgió, los estudios jurídicos filosóficos tuvieron un impulso que incluso traspasaron los límites nacionales y llegó a la comunidad jurídica del mundo y también impresionó a Kelsen.

Por ello Cossio hizo filosofía de la ciencia, bajo la autoría kantiana. Y refiere que “[e]n esa aproximación de la filosofía a la ciencia la teoría egológica del Derecho pretende sacar a flote una ciencia jurídica distinta de aquella con la que toma contacto. Por un lado, es preciso acercarse hasta donde la ciencia está, hasta donde ha llegado históricamente, es necesario conocerla tal cual es. Pero por otro lado es necesario transformarla, ponerla en trance de seguir nuevos derroteros. Es una verdadera metodología de trabajo, aún más crítica que Kant (...); la actitud de la egología es menos cómoda que la adoptada por Kant. Pues este se situó ante la física de Newton como una ciencia realizada. No la puso en cuestión; partió de ella. La Egología no puede hacer lo mismo porque al mismo tiempo que acepta la ciencia como está, tiene que reconocer su frustración” (11).

Es la tarea de involucrarse con el dato de conducta que sobrepasa el criterio cientificista-descriptivista kelseniano y tal vez allí encontremos algunos de los elementos del divorcio epistemológico. Cossio obviamente reconocía el positivismo, pero criticaba abiertamente el normativismo mecanicista. Trataba de conectar la lógica normativa en la vida plenaria, sin perder la función significativa y la visión humanista del fenómeno jurídico.

Para Cossio, Kelsen hace lógica formal, y para Kelsen, el filósofo Cossio hace metafísica. Y por ello surgen innumerables interrogantes en ese sentido. Metafísica y lógica parece ser la representación que se hacía uno del otro. La libertad es metafísica. Pero Cossio sostenía que Kelsen reemplaza la filosofía de la libertad por el determinismo. Reafirma su base ontológica, dándole un contenido fenomenológico. La ontología cossiana significa simplemente que hay un desarrollo teórico que se sustenta en un fenómeno, en este caso, la conducta. Y una tesis de ese tipo se fundamenta en una visión humanista, pues si no existe una base intuitiva, inevitablemente se la reemplaza por postulados lógicos.

Esta crítica de las concepciones positivistas nacía propiamente de la verificación de que en dichas concepciones se presentaba un enorme divorcio de la experiencia, que, en consecuencia, no lograba elevar el

(10) *ibíd.*, p. 41.

(11) COSSIO, C., *La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 277.

conocimiento jurídico a un nivel científico. No asumía cabalmente lo que la experiencia dicta; la limitación gnoseológica surge ineludiblemente cuando en una falta de acomodamiento se trata a la realidad que no condice con el espacio normativo, como “error” de la experiencia.

El señalamiento que hacía Cossio de que el jurista Kelsen hacía lógica jurídica —negado enfáticamente por este— tiene hoy en día un asidero bastante aceptado, pues la lógica existe por la vida; la vida no existe a causa de los conceptos. La norma no es objeto, es concepto y como tal solo puede ser abordado por la lógica. El derecho es algo que se construye permanentemente. Y al ser para Kelsen su objeto de análisis la norma jurídica, consciente o inconscientemente se analiza la construcción sintáctica y lógica, tratando de apresar su sentido exacto, semejante a la metodología de las ciencias formales. Pero lo que se interrogaba Cossio y de lo cual no obtuvo respuesta es si el Derecho es normativo: ¿Qué significa ello? ¿Por qué estudia normas jurídicas? Si es solo eso el andamiaje estructural del jurista, este se transforma en su mero observador descriptivo de un objeto. Cossio sostenía:

“La afirmación de que la ciencia dogmática del derecho es una ciencia normativa, es una de aquellas que gozan de firme predicamento (...). Pero a poco que se quiera esclarecer el alcance preciso que se asigna a la calificación de ciencia normativa, se advierte los juristas entienden por ello dos cosas muy diferentes. Según unos, la ciencia del derecho es normativa porque suministra normas (...). Sin embargo respaldada por la gran obra de crítica epistemológica, que caracteriza al pensamiento filosófico del último tercio del siglo XIX, poco a poco va afianzándose la opinión de que la ciencia del derecho es normativa porque conoce normas; no porque las suministra. Se ha hecho clara la idea de que la ciencia no se estudia a sí misma (...) la teoría egológica del derecho da, de la expresión ‘ciencia normativa’, una tercera versión: la ciencia jurídica es ciencia normativa porque conoce su objeto mediante normas”⁽¹²⁾.

Parece ser entonces que el universo epistemológico que tanto uno como otro no pudieron o no supieron traspasar era a partir de qué dato elaboramos un conocimiento. La egología toma como dato central la conducta, la conducta como dato intuitivo, dato fenoménico y a partir de allí comienza su derrotero gnoseológico dirigiéndose al espacio normativo; es un camino inverso al que toman los positivistas, quienes se dirigen a la norma para luego ir al hecho, soslayando el dato de que una norma jurídica, en definitiva, no deja de ser nada más que la idea de una conducta.

Es decir, para Cossio la norma jurídica no puede ser el punto de partida, ni el final ni el límite de toda labor de investigación. Claro que Kelsen

(12) COSSIO, C., *Teoría de la verdad (...)*, op. cit., ps. 17 y 18.

habla de conductas. La diferencia radica en el grado de preeminencia que le brinda cada escuela. La egología la coloca en un lugar preferencial porque ontológicamente la conducta es derecho. Por ello colocó al fenómeno jurídico en una cuádruple tarea intrasistemática, que le permitió establecer parámetros ontológicos, lógicos, gnoseológicos y axiológicos. Es decir, la conformación del objeto, cómo pensamos a ese objeto, cómo lo conocemos y cómo lo valoramos; y con una gnoseología del error que es el ámbito de la ideología. Una pretensión plena de totalidad y comprensión.

Sostenía que el racionalista no acoge en sus exposiciones teóricas este mundo complejo de la realidad, por la sencilla razón de que, si el derecho no es vida humana, sino geometría ideal de normas, el recurrir a tales elementos de la experiencia sería traer elementos espurios a la ciencia dogmática. Piensa que las ciencias jurídicas por el cauce de la dogmática no han logrado delimitar su objeto.

Estos diferentes abordajes —desde el positivismo y la egología— nos llevan a grandes interrogantes, claramente filosóficas, en relación con el tema de reflexión. ¿Puede existir una teoría realmente pura? ¿Es ello posible? ¿Es posible lograr científicamente un orden jurídico positivo que está plagado de decisiones, de elecciones, de conflictos y concretamente de conductas, y afirmar un purismo casi en la frontera de lo simbólico? Y una interrogante más: ¿Todo derecho es necesariamente científico? ¿Y el sujeto? ¿En dónde se encuentra en esta geometría ideal de normas? ¿Integran las preferencias el mundo interno del derecho, o es algo que está por fuera? Creo que estas interrogantes, según el criterio filosófico que se utilice, nos pueden ayudar a responder la pregunta que merodeó en el transcurso de todo el proceso intelectual que analizamos: ¿qué es el derecho?, ¿qué clase de objeto es?

La elaboración de una ciencia estrictamente pura fue el proyecto intelectual y teórico de Kelsen, y apropiadamente explicitado ya desde 1920. En efecto, Kelsen sostuvo que “la Teoría Pura del Derecho se propone única y exclusivamente conocer su objeto y responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el Derecho”. Además, refería que “cuando esta doctrina es denominada ‘teoría pura del Derecho’, se quiere expresar con ello que se ha mantenido libre de todos los elementos extraños al método específico de una ciencia” ⁽¹³⁾.

Pureza que no toma en cuenta —a mi juicio— los elementos contingentes de todo ese marco de decisiones, de elecciones, de preferencias y fundamentalmente del espacio político. Ferrajoli marca que “Esta pureza se resuelve esencialmente en la abstracción de la teoría de cualquier referencia a los contenidos extrajurídicos de tipo axiológico o sociológico (...). En suma,

(13) FERRAJOLI, L., *La lógica del Derecho*. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017, ps. 185 y 186.

el carácter puro de la teoría quiere decir abstracción de la realidad, o sea de los contingentes contenidos normativos” (14).

En dicha vertiente de carácter conceptual, la teoría pura tiene un marcado espacio formal, pues “en su vertiente prescriptiva la teoría pura es teoría normativa de la ciencia jurídica, pues continuamente propugna procedimientos y principios metódicos con arreglo a los que debe proceder una ciencia jurídica que quiera cumplir lo que Kelsen tiene por parámetros de racionalidad científica, tales como la neutralidad valorativa y la orientación puramente descriptiva del objeto, parámetros que se sintetizan precisamente en el postulado de ‘pureza’” (15).

El motivo señalado ha sido tal vez uno de los puntos centrales del distanciamiento intelectual, epistemológico y teórico. El intento —válido, por cierto— de ordenar una ciencia jurídica a través de sus depuraciones trajo consigo una neutralidad gnoseológica que afectó el rumbo de la ciencia del derecho. Y frente a esa estructura limitante surgía el contendor, que hacía del concepto de totalidad una base de sustentación de su propia teoría. Frente a un autor que estructuraba los espacios científicos del derecho, la egología trabajaba para lograr o intentar la comprensión total del fenómeno jurídico. Comprensión y totalidad siguen siendo en la egología dos conceptos fundamentales. La captación del sujeto y sus conductas con sentido implican una reflexión sobre por qué la dogmática científica del derecho resultaba ser así una mera pretensión ordenatoria.

El intento de autenticar la ciencia del derecho —a través de la filosofía de la ciencia— es la pretensión de un análisis —como ya se manifestó— ontológico, lógico, gnoseológico, axiológico e ideológico. Todo ello supera el intento kelseniano de lograr con su depuración afirmar una ciencia neutral. Para Kelsen, la egología era “esencialmente un ensayo de una interpretación fenomenológica del derecho, en la que se entremezclan ideas existencialistas y aún sociológicas, por lo que es imposible coordinar todo ello con los principios de una teoría normativa del Derecho” (16).

Es claramente una descripción que resalta lo que trato de afirmar. Una ampliación metodológica y filosófica que ingresaba en los términos de la depuración kelseniana y, por lo tanto, ajena a la teoría pura *stricto sensu*. Kelsen autolimita a la ciencia jurídica, lo que significa salvaguardar al derecho del ámbito de las decisiones políticas. Su interés estriba en el derecho positivo, es decir, de lo que “es”, porque colocarse a analizar cómo debería

(14) *ibíd.*, p. 188.

(15) *id.*, p. 189

(16) KUNZ, J. L., *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, traducción de Luis Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 226.

ser el derecho, significaba ingresar al espacio político. De allí sus énfasis científicos.

Es claro que el positivismo kelseniano, en su obstinada persecución de la científicidad de su objeto, termina soslayando los datos de la experiencia y de ese modo mutila la realidad del sujeto actuante. Como bien se sostiene, se conduce a la ciencia jurídica al paradigma de la simplificación. En efecto, “[l]a abstracción del sujeto de derechos —y su consecuente simplificación— lleva a la teoría pura del Derecho a caer en un solipsismo normativo. Todo se piensa desde las normas, desde dentro del sistema, y el sujeto es solo un elemento más creado por alguna norma: la disposición que lo hace centro de imputación de derechos y obligaciones. En ese sentido, la Teoría pura vinculada al solipsismo normativo, no logra explicar, pues no tiene espacio para ello, fenómenos constitutivos de la complejidad del Derecho: la lucha social, la emergencia de nuevos sujetos sociales, las tramas sociales y la distribución del poder (...). Como hace notar Herrera Flores, estos tipos de derechos suelen ser relegados por el pensamiento simplificador, debido a que ‘no son puros’. Se niega la complejidad de lo real, en donde actúa el verdadero sujeto, el sujeto corporal”⁽¹⁷⁾.

Pero como sostenía Jerzy Wróblewski, la Egología, “por su sola pretensión de abrazar la totalidad de la experiencia jurídica, constituye un fenómeno importante en la teoría jurídica contemporánea”⁽¹⁸⁾. La filosofía del derecho —desde la praxis jurídica— debe entender que los problemas que se les plantea a los juristas son prácticos. Una teoría que no abarque y que no intente dar respuestas a los problemas de la realidad compleja globalizadora, con todo lo que ello significa, continuará siendo un saber alejado, que solo será interesante para su corporación. Puede ser muy buena en la teoría, pero no para la práctica.

Ello está vinculado ineludiblemente a la enseñanza del derecho en muchos países latinoamericanos, que se siguen refugiando en la sola y mera técnica jurídica. Y en ese sentido el formalismo normativo con características plenas de derecho sancionatorio, no es suficiente para lograr un verdadero conocimiento del derecho. Kelsen tiene una noción imprecisa y fluctuante de lo humano, de la realidad humana, de la cultura como experiencia de sentidos históricos.

El objetivo humanizador de la pretensión egológica se visualiza además en las antinomias de la personalidad —problemática bien kantiana— y que

(17) ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “Crítica ideológica del derecho: del paradigma simplificador kelseniano al pensamiento de la liberación”, *Revista Ideas y Derecho*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, nro. 10, 2014, p. 125.

(18) MACHADO NETO, A. L., “La lógica deóntica en Kelsen y Cossio”, *Anuario de Historia y Pensamiento Argentino*, director Diego Pro, editado por la Universidad Nacional de Cuyo, vol. 5, Primera época, Instituto de Filosofía, 1969, p. 45.

aún no ha sido debidamente reflexionado. Allí Cossio restaura la esencialidad de la tesis humanista y demuestra la improcedencia de las antítesis. En efecto, la ciencia jurídica tradicional —positivismo jurídico— apartó al hombre del derecho, pues a la tesis de que “hay hombres que son personas” la contrapuso con dos antítesis: “personas que no son hombres” (personas jurídicas) y “hombres que no son personas” (esclavos). La egología cuestiona severamente la definición de persona en el esquema de Kelsen, de ser un centro imputativo de normas, pues en el plano existencial, son los hombres de carne y hueso los que intervienen.

Ese conocimiento abarcador lo hacía sostener y afirmar la existencia de una filosofía latinoamericana: “Descartes encontró un tema universal para filosofar; Hume también, Kant también y así algunos más, Platón, Husserl, Heidegger. La universalidad de ellos es indiscutible. Sin embargo, a pesar de esta universalidad filosófica, Descartes nos presenta filosofía francesa, Hume inglesa, Kant alemana. Pues, porque cada uno de ellos habla de sus problemas como los siente y los piensa por lo que ve. Y este sentir y este ver no dejan de ser biográficos, por el hecho de ser además históricos. Como hombre, cada filósofo está embebido de lo que, al coexistir, su mundo social le ha brindado para comunicarse para tomar situación y para darse forma a sí mismo” ⁽¹⁹⁾.

El aporte cossiano es la recreación de lo que debe ser una nueva cultura jurídica, pues, así como el positivismo reemplazó al paradigma iusnaturalista, se destaca el vacío ontológico de posturas analíticas que, basándose fundamentalmente en un derecho coactivo y sancionatorio, en la actualidad resultan disfuncionales como saber práctico. La egología profundiza en una nueva cultura que no privilegie lo meramente conceptual, sino el conocimiento de lo humano en su materialidad constructiva en tanto nos invita a reflexionar y confrontar nuestras teorías con la realidad que nos toca vivir.

En esa dirección, el filósofo argentino Enrique Marí estampó una certera crítica a los dogmáticos analíticos cuando refirió: “El neopositivismo hace una total omisión de los problemas ideológicos en la formación del universo del discurso, pues es bien conocida la tendencia del neopositivismo a exigir, como punto de partida de toda problemática, definiciones rigurosas. De no mediar estas definiciones, los neopositivistas concluyen en forma expresa —o lo sugieren tácitamente— que dicha problemática no pertenece al mundo de la ciencia, es asignificativa o errónea. Así se explica, que uno de los recursos más empleados en las controversias sea su demanda al opositor, por tales definiciones para fundamentar —en caso de silen-

(19) COSSIO, C., “La filosofía Latinoamericana”, La Ley, tomo 1979-C, ps. 1008-1015.

cio u omisión— lo poco plausible de los conceptos teóricos que se someten a su consideración”⁽²⁰⁾.

Lo que la clase dominante —tanto política como universitaria— en la Argentina nunca le perdonó a Cossio fue el avance filosófico práctico, pues, partiendo de postulados de filosofía general (Kant, Husserl, Heidegger, Sartre y Marx), estas ideas fueron confluyendo en una nueva filosofía del derecho, que resulta la teoría egológica del derecho, para avanzar a categorías propias de filosofía política, adentrándose en elementos claramente marxistas, como la importancia de la ideología en el fenómeno jurídico, lo que le significó su destierro universitario.

Cossio era antimilitar, anticlerical —ateo— marxista crítico, anticapitalista y estaba en contra de la corporación financiera, a quien denunciaba tenazmente. Sostenía: “mi separación emergía de mi peligrosidad para el sistema reinante. El iusnaturalismo y el normativismo hirieron, claro está, la intelectualidad de los cerebros jurídicos del sistema, lo cual era peligro para el sistema ‘occidental cristiano’ y en ese sentido la teoría egológica debía ser eliminada de la universidad oficial. Esto determinó que haya sido un exiliado dentro de mi propio país y por ello ya desde 1956 me radiqué con mucha fuerza en la izquierda y más aún, descubrir lo que la izquierda significa de verdad para el hombre contemporáneo”⁽²¹⁾.

En su libro, aún inédito, “Ideología y Derecho” mencionaba los tres factores que impedían la revolución social: la iglesia, el sector militar y los potentados del capitalismo internacional, pues siempre salen gananciosos de cualquier crisis institucional y menciona expresamente “cómo la ecuación cambió en 1959 con el triunfo de la revolución cubana”, a la que siempre adhirió.

Lo señalado surge de ese traspaso de lo jurídico a lo político, que fue y es la circunstancia arcóntica de todo su pensamiento. Por ello, a 70 años del debate, en pleno siglo XX, la pregunta que nos podríamos formular es cuál será la filosofía jurídica del siglo XXI que pueda dar respuestas a los requerimientos actuales, tanto de carácter político, económico y cultural. A mi entender, el positivismo jurídico —ahora sí, sin perjuicio de las distintas vertientes— se ha cosificado de tal manera que ya no resulta ser una herramienta adecuada para hacer avanzar el mundo jurídico.

La problemática de la historia, la filosofía de la cultura y la política pasa desapercibida para Kelsen en pos de una retórica purista ya explicitada. Para la egología la vinculación entre derecho y política es ontológica, pues tanto uno como la otra resultan ser conducta compartida. La egología, al

(20) MARI, E. E., *Neopositivismo e ideología*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 98.

(21) “Correspondencia con Juan Ramón Capella”, *Doxa*, nro. 25, 2002, p. 733.

nutrirse de la vertiente marxista le permitió reflexionar con la categoría de la ideología, los verdaderos intereses de los sectores económicos. Es decir, cuando la ciencia jurídica ingresa en el flujo de la historia, las categorías del poder, la ideología, el lenguaje, entre otras, no se pueden soslayar para analizar la realidad intersubjetiva, en el sentido de confrontar la teoría con la realidad.

La noción de ideología permite por un lado preservar la especificidad del saber y someter a su vez al mundo del derecho a una crítica de develación de intereses y poder. Su visión es muy cercana al concepto ideológico althusseriano, el cual consideraba que la ideología tenía existencia material, pues se resuelve, en última instancia, en el comportamiento y conductas del sujeto. En “Ideología y Derecho”, la obra inédita del filósofo tucumano, refiere que “la ideología se hace visible a partir de sus resultados sociales, es decir, en la medida en que quedan favorecidos los intereses de dominación que la promueven”.

IV

En definitiva, a través de estos breves apuntes histórico-filosóficos, estimo que todo el proceso de debate —cuyo acto principal se desarrolló en la Argentina— fue un encuentro de dos polemistas cuyo valor intelectual no es posible de discutir. Mi tesis principal de que fue una confrontación entre un jurista y un filósofo se basa fundamentalmente en los diferentes campos y espacios gnoseológicos de los cuales partían, defendían y desarrollaban.

La amplitud ontológica, gnoseológica y axiológica del actuar egológico, pero que a su vez le adicionaba el material político, favorecía un escenario marcado por el “ir a las cosas” fenomenológico. Frente a ello, el ajuste epistemológico del discurso kelseniano era autolimitante en defensa de un purismo que no tenía respuestas frente a la requisitoria global.

Creo que ambos describían una realidad. Uno desde lo normativo, lo estático, lo formal, pero para conocer e investigar un hecho social como lo es el derecho resulta necesaria una metodología que se adapte al grado de complejidad de los requerimientos del siglo XXI. Y dar respuestas a dichos requerimientos exige la potencialidad normativa; pero exige algo más que el dato conceptual, y es la necesaria y ontológica visualización de lo humano, del cuerpo actuante, del *dasein* existencial. Y aquí están los espacios de discusión.

Considero que asistía razón a Cossio cuando etiquetó el pensamiento kelseniano como lógica formal —formulada por Kelsen con tintes definitivos por su brillantez—, pero a pesar de que fue negado enfáticamente por Kelsen, no alcanzó a controvertir el axioma señalado. La polémica sigue en pie luego de 70 años de producido uno de los actos del debate. Lógica formal

o culturalismo filosófico, incluso trasciende la diferencia epistemológica entre conducta y norma.

La historia jurídica ha demostrado que las plataformas egológicas y positivistas siguen brindando material para la discusión, porque en definitiva se trata de seguir con la interrogante sobre si el instrumento derecho es útil y no meramente una herramienta técnico-científica. Los nombres de Kelsen y Cossio siguen y seguirán en el espacio jurídico, tratando de tomar lo mejor de ellos. Así lo anticipó Cossio en 1952, cuando se refirió al libro cuestionado por Kelsen, *Problemas escogidos...* Allí afirmó: “Lamento profundamente que al profesor Kelsen le haya ocasionado tan tremendo disgusto, ver aparecer en un libro, su nombre al lado del mío. Pero sospecho que, como un maleficio, lo va a ver muchas veces en la literatura jurídica de los próximos años. Hay cosas irremediables en el destino de quienes vivimos la búsqueda de la verdad” ⁽²²⁾. El debate continúa...

(22) COSSIO, C., “La polémica anti-egológica”, *La Ley*, tomo 76, 1953, p. 760.

CAPÍTULO SEGUNDO

ALGUNAS DIMENSIONES

Y PROYECCIONES DE LAS OBRAS

DE KELSEN Y COSSIO

LA ESENCIA Y EL VALOR DE LA DEMOCRACIA

Por Thomas Olechowski (*)

I. INTRODUCCIÓN

Más de cuarenta años después de su muerte, Hans Kelsen es aún un jurista de renombre mundial, cuyo trabajo teórico-jurídico continúa siendo discutido por filósofos y juristas de los cinco continentes. En Austria, donde Kelsen enseñó como Profesor Titular en la Universidad de Viena entre 1919 y 1930, y al mismo tiempo fue miembro del Tribunal Constitucional, es aún más famoso, y esto es cierto no solo para el mundo jurídico, sino incluso para el público en general. En mi tierra natal, Kelsen es denominado como el “padre”, el “creador”, el “arquitecto” de la Constitución Federal Austriaca de 1920. Aunque fue derogada en 1934 por el régimen de Dollfuss-Schuschnigg y no volvió a entrar en vigor hasta 1945, sus principios básicos se han mantenido vigentes hasta el día de hoy, aunque, por supuesto, se han realizado modificaciones ⁽¹⁾. En mayo de 2019 hubo una grave crisis gubernamental en Austria. En este contexto, el presidente federal austriaco elogió la “belleza y elegancia” de la Constitución, con la que se pudo superar la crisis ⁽²⁾. Elogió así, indirectamente, a Hans Kelsen, quien tuvo una influencia significativa en el estilo y la estructura de esa Constitución.

No debe sobrestimarse la influencia sobre el contenido de esta Constitución. De hecho, las pautas políticas fueron establecidas por los dos partidos principales, los socialdemócratas y el Partido Social Cristiano. Kelsen no tuvo una influencia sustancial significativa en el sistema político de Austria, en otras palabras, fue en parte responsable del equilibrio de poder

(*) Profesor de la Universidad de Viena; miembro de la Academia de Ciencias de Austria; presidente de la Comisión de Historia Jurídica de Austria. Desde 2011 es director gerente de la fundación federal Instituto Hans Kelsen. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en la Jornada “70 años del debate Kelsen-Cossio: una retrospectiva iusfilosófica”, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15 de agosto de 2019. Traducción del inglés por Diego Luna.

(1) Ver OLECHOWSKI, T., “Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung”, en Robert WALTER, Werner OGRIS y Thomas OLECHOWSKI (editores), Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 32), Viena, 2009, ps. 211-230.

(2) Disponible en <https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/news/gesprach-mit-bundeskanzler-sebastian-kurz>, consultado el 21/5/2019.

entre los niveles federal y provincial, entre el gobierno y el parlamento. La labor de Kelsen consistió en traducir aquellas pautas en un texto normativo. Su tarea, por tanto, era la de un técnico del derecho o, metafóricamente hablando, la de un arquitecto que construye la ‘casa’ de la Constitución según los deseos de sus clientes, pero de una manera que también le permita resistir fácilmente cualquier movimiento de la tierra ⁽³⁾.

II. CREDO ACADÉMICO Y VISIÓN DEL MUNDO DE KELSEN

No obstante, Kelsen también fue de particular importancia para la democracia austriaca, principalmente por sus trabajos en ciencias políticas, donde abordó los diferentes tipos de democracia, sus justificaciones y ventajas, pero también sus desventajas y problemas. No tenía la intención de minimizarlos, pero defendió la democracia contra los esfuerzos socialistas y comunistas, así como contra las demandas fascistas. En 1920, el mismo año de la promulgación de la Constitución Federal, publicó sus dos libros *Esencia y valor de la democracia* ⁽⁴⁾ y *Socialismo y Estado* ⁽⁵⁾. Los dos libros son bastante diferentes, aunque tienen el mismo propósito: enfatizar las fortalezas del sistema democrático de la República de Austria, a pesar de todos sus defectos, y revelar las contradicciones internas dentro del marxismo. Ambos libros pueden describirse como “estudios politológicos”. Sin embargo, *Socialismo y Estado*, que tiene una extensión mucho mayor, es también en gran medida un libro de teoría del derecho. Es importante enfatizar esto porque es un postulado fundamental en la teoría pura del derecho de Kelsen que las proposiciones políticas y las jurídicas no deben mezclarse. Pero esto es exactamente, según Kelsen, lo que hace el marxismo, y por lo tanto necesita confrontarlo tanto en el nivel de la política como en el de la teoría del derecho: después de todo, el marxismo pretende ser no solo una ideología, sino también una sociología, una ciencia causal. En consecuencia, Marx no exige que el proletariado tome el poder, sino que predice que lo tomará. El marxismo tendría que decidir por sí mismo, argumentaba Kelsen, si quería ser una ideología o una ciencia causal. Pero si el marxismo renunciara a su pretensión de ser una ideología, esto implicaría “nada menos que la separación del marxismo del socialismo” ⁽⁶⁾.

Esto debería servir simplemente como un ejemplo de cómo la obra jurídica de Hans Kelsen se relaciona con su trabajo en ciencias políticas. Kelsen ha sido a menudo acusado de ignorar el mundo de los hechos, con su estricta separación del “ser” y el “deber ser”, o de no estar interesado en ello.

(3) OLECHOWSKI, T., “Der Beitrag (...)”, op. cit., p. 228.

(4) KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1a edición, Tubinga, Mohr, 1920; 2a edición, Tubinga, 1929.

(5) KELSEN, H., *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, 1a edición, Leipzig, Hirschfeld, 1920; 2a. edición, Leipzig, Hirschfeld, 1923.

(6) *ibíd.* (1923), p. 7.

Ocurre precisamente lo contrario. Para Kelsen, la clara distinción entre norma y hecho es solo un medio a fin de entender cada una de las esferas como autónomas.

Detrás del Kelsen teórico del derecho y del Kelsen politólogo, está, no obstante, el Kelsen persona, que lleva dentro de sí una concepción de la humanidad y del mundo, que en última instancia es “subjetiva y no abierta a la discusión” (7). La concepción de la humanidad de Kelsen se caracteriza por la percepción que se conoce en la filosofía india como “Tat Tvam Asi”, que significa reconocer el yo en el otro y aceptar la igualdad de todos los seres humanos (8). También su concepción del mundo resulta de esto; se caracteriza por el altruismo, el pacifismo y el relativismo: nadie puede pretender estar en posesión de la única verdad absoluta; más bien, un conocimiento racional de los valores supremos no es accesible para los seres humanos. Por tanto, todo juicio de valor solo puede ser de carácter relativo. Esto es particularmente cierto para el concepto de justicia. El solo hecho de que nunca ha habido un acuerdo general en la historia de la humanidad sobre lo que es justo, muestra que la idea de la justicia absoluta representa un “ideal irracional” (9). Pero si todas las partes reconocen que ninguna de ellas sostiene la verdad absoluta, esto, por así decirlo, conduciría automáticamente a un clima de tolerancia mutua, una voluntad de compromiso y, cuando fuera necesario, de tomar decisiones mediante votaciones.

III. DEMOCRACIA VERSUS SOCIALISMO

Y esto nos lleva al núcleo de la teoría democrática de Kelsen. Al menos en sus obras tempranas, Kelsen fue en esto fuertemente influenciado por Rousseau (10). Como él, Kelsen veía la libertad del hombre como el punto de partida de todas las consideraciones teóricas sobre la democracia.

Sin embargo, la idea fundamental de Rousseau de que la humanidad, viviendo en un estado de naturaleza, había celebrado un contrato social, no convenció a Kelsen: porque en realidad nacemos en una sociedad existente, por naturaleza no somos libres de nacimiento. El objetivo no debe ser justificar el comienzo de un nuevo orden jurídico, ¡sino la modificación de las leyes existentes!

Uno se acerca más al ideal de libertad cuando el orden existente se puede cambiar lo más fácilmente posible. Con este argumento, Kelsen justifica

(7) KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, Mohr, 1911, p. V.

(8) KELSEN, H., *Staatsform und Weltanschauung*, Tubinga, Mohr, 1933, p. 12.

(9) KELSEN, H., *Was ist Gerechtigkeit?*, Viena, Deuticke, 1953, p. 40.

(10) EHS, T., “Kelsens normativer Volksbegriff nach Rousseau und Kant”, en Tamara EHS, Hans KELSEN. *Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Viena, Nomos, 2009, ps. 153-169, p. 158.

la modificabilidad de las leyes con mayoría simple de votos ⁽¹¹⁾. Solo se podrá exigir una mayoría calificada que supere este requisito si se trata de cuestiones fundamentales, como las enmiendas a la Constitución o los derechos de las minorías. Así, la libertad originaria del hombre entra en una “metamorfosis”, de la libertad del individuo emerge la libertad del colectivo social ⁽¹²⁾.

Al menos otra “metamorfosis”, igualmente significativa que esta libertad, se gana a través del parlamentarismo. Kelsen lo justifica de manera bastante pragmática diciendo que la división del trabajo en la sociedad subyace a todo progreso técnico social ⁽¹³⁾. El parlamentarismo solo puede conciliarse con el principio democrático de libertad si cada persona está realmente representada en el parlamento. Y así llega Kelsen a la justificación del principio de proporcionalidad en el derecho electoral. “No hay duda de que el sistema representativo distorsiona la idea básica de democracia”, admite Kelsen y, como Lenin, critica el principio del mandato libre, fundamento mismo de la democracia occidental, lo que sin embargo ha provocado una alienación de los parlamentarios respecto de su electorado ⁽¹⁴⁾.

Es bastante asombroso cómo abiertamente Kelsen, a pesar de sus críticas al marxismo, simpatiza con el socialismo y también con el sistema de consejos obreros propagado por el socialismo. “El sistema de representación establecido por los bolcheviques en la constitución soviética rusa (...) en este sentido no solo no es una superación de la democracia, sino, por el contrario, un intento de volver a ella. La corta duración del mandato, la posibilidad de que los diputados de los distintos soviets sean destituidos en cualquier momento y la total dependencia de los votantes que la acompaña, el estrecho contacto con el material básico que es la voluntad del pueblo, es la democracia más genuina” ⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, ya en 1920 Kelsen tenía dudas sobre la viabilidad de este principio en la práctica. Reemplazar legos formados y electos por funcionarios designados lleva al Estado hacia el primitivismo. Y esto, según Kelsen, es exactamente lo que sucede en los años siguientes en la Unión Soviética, donde, argumenta, el sistema de consejos de trabajadores condujo a un “desastre administrativo”. En trabajos posteriores, por lo tanto, Kelsen se distancia cada vez más de sus simpatías por el sistema de consejos y respalda la

(11) KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1a edición, Tubinga, Mohr, 1920, p. 9.

(12) LEPSIUS, O., “Kelsens Demokratietheorie”, en Tamara EHS, Hans KELSEN. *Eine (...)*, op. cit., ps. 67-89, p. 79.

(13) KELSEN, H., *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena, Braumüller, 1925, p. 7; *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2a edición, Tubinga, Mohr, 1929, p. 29.

(14) KELSEN, H., *Vom Wesen (...)*, 1a edición, op. cit., p. 14. Ver también LEPSIUS, O., “Kelsens Demokratietheorie”, op. cit., p. 77.

(15) KELSEN, H., *Vom Wesen (...)*, 1a edición, op. cit., p. 16.

burocracia jerárquica, que solo requiere un liderazgo elegido democráticamente, los ministros, para trabajar al servicio de la democracia ⁽¹⁶⁾.

Pero ¿es la Unión Soviética, desde el punto de vista de Kelsen, una democracia? A pesar de todas sus simpatías por el sistema de consejos, ya en 1920 Kelsen no deja dudas de que no es una democracia, sino una dictadura, tal como se llama a sí mismo: la dictadura del proletariado. Lo justifica en particular con la exclusión de grandes grupos de personas del derecho al voto, entre los que se incluyen personas que, al menos en esa etapa, todavía eran indispensables para el funcionamiento de la economía ⁽¹⁷⁾.

El modelo de democracia de Kelsen está, en gran medida, en línea con las demandas del Partido Socialdemócrata Obrero de Alemania-Austria. Es importante enfatizar en este punto que Kelsen era amigo de todos sus líderes intelectuales: Otto Bauer, Max Adler, Karl Renner. Su "austromarxismo" se había alejado bastante del marxismo ortodoxo y, por tanto, había sido duramente criticado por "verdaderos" marxistas como Lenin o Trotski. Kelsen nunca se cansó de señalar estas diferencias en los años siguientes, especialmente el hecho de que el austromarxismo era afirmativo del Estado, mientras que el marxismo ortodoxo tenía una nota anarquista. Creía que Ferdinand Lassalle fue uno de los primeros precursores de sus ideas y, por lo tanto, propagó en numerosos escritos el lema "¡Regreso a Lassalle!". Sin embargo, ninguno de los grandes austromarxistas quería seguir en eso a Kelsen ⁽¹⁸⁾.

IV. ESTADO CORPORATIVO Y FASCISMO

En ese momento, en 1925, no obstante, el debate sobre el socialismo ya había perdido algo de su relevancia. Habían ganado en importancia las contracorrientes a las que hoy, de manera algo simplista y sumaria, solemos referir como "fascistas". Más bien, estas contracorrientes cubrieron un amplio espectro de opiniones antisocialistas y antidemocráticas; algunos de estos antidemocráticos incluso pensaron que podrían contrarrestar la democracia al estilo estadounidense, con una democracia diferente, una "democracia genuina". El principal punto de crítica contra la democracia tradicional era el de la partidocracia, el gobierno de los partidos, que conduciría a una atomización de la sociedad, una división del pueblo, una lucha de clases. Una división de la sociedad en estamentos en lugar de clases debería superar estos opuestos; un líder carismático debe garantizar la unidad de la nación.

(16) OLECHOWSKI, T., "Von der 'Ideologie' zur 'Realität' der Demokratie", en Tamara EHS, Hans KELSEN. Eine (...), op. cit., ps. 113-132, p. 125.

(17) KELSEN, H., Sozialismus und Staat (...), op. cit., p. 107.

(18) LESER, N., Zwischen Reformismus und Bolschewismus. Der Austromarxismus als Theorie und Praxis, 2a edición, Viena - Colonia - Graz, Böhlau, 1985.

Kelsen se opuso a estas y otras consideraciones similares. Su primer estudio, que representa una clara reacción a los movimientos de derecha, es el folleto demasiado poco conocido “El problema del parlamentarismo”. Allí, una vez más defiende su convicción de que la democracia solo se puede alcanzar mediante el parlamentarismo. Para Kelsen, el parlamento tenía la tarea de reflejar las opiniones del pueblo, y si el pueblo se dividiese en diferentes grupos de interés, este también sería el caso del parlamento. Para llegar a decisiones mayoritarias debe producirse la “integración política”, es decir, los grupos individuales deben comprometerse. En ningún lugar esto podría lograrse con tanta eficacia como en el parlamento ⁽¹⁹⁾.

En cuanto a la idea de que el parlamento no debería estar compuesto por partidos, sino por representantes de los estamentos, Kelsen identificó “dificultades extraordinarias, en parte insuperables” en la implementación de este proyecto ⁽²⁰⁾. Ser agricultor o abogado no significa necesariamente que uno tenga que compartir la opinión de sus representantes profesionales en todos y cada uno de los aspectos, incluso cuando el problema en cuestión no tiene nada que ver con el propio estamento.

Pero, sobre todo: ¿cómo deberían los agricultores votar contra los abogados, los médicos contra los trabajadores de la construcción?, ¿cuántos escaños, cuántos votos deberían asignarse a tal o cual estamento? Si el número de representantes de los estamentos fuera proporcional al número de sus miembros, los médicos y abogados formarían una pequeña minoría en comparación con los agricultores y los trabajadores de la construcción, pero esto es exactamente lo que los defensores de la idea corporativa, como Othmar Spann, no quieren. Kelsen consideró la fórmula que usaban, según la cual “a cada grupo se le debería dar una participación en el gobierno [sic!] de acuerdo con su relevancia para el conjunto”, como “completamente vacía e inútil” ⁽²¹⁾. Según Kelsen, la solución debe basarse en un principio que no puede derivarse de la ideología del principio corporativo.

Dos años después de la publicación de ese ensayo, en 1927, ocurrió el incendio del Palacio de Justicia de Viena; la fascista “Heimwehren” ganó una creciente influencia política y presionó por una revisión constitucional exhaustiva, que de hecho se realizó, aunque en una versión bastante diluida, en diciembre de 1929. Kelsen no estuvo involucrado en el trabajo preparatorio de la reforma constitucional de 1929, pero comentó críticamente sobre el trabajo de reforma, a través de una gran cantidad de charlas y artículos para diarios y revistas jurídicas. Sobre todo, no obstante, decidió volver a publicar su libro *Esencia y valor de la democracia y adaptarlo a la nueva situación*. A ese fin, Kelsen incorporó en el manuscrito original gran parte

(19) KELSEN, H., *Vom Wesen (...)*, 2a edición, op. cit., p. 62.

(20) *ibíd.*, p. 47.

(21) *ibíd.*, p. 49.

de su estudio sobre el problema del parlamentarismo; también se reescribieron muchos otros pasajes y se reformularon tesis, pero solo unos pocos pasajes fueron revisados genuinamente. Hubo un cambio en particular, con respecto al sistema de consejos de trabajadores, que ahora fue completamente rechazado. En este contexto, el principio de la separación de poderes, que Kelsen incluso había rechazado por antidemocrático en 1920, también fue presentado con una luz ligeramente más positiva.

Pero sobre todo en la segunda edición de *Esencia y valor de la democracia*, Kelsen abordó con cierto detalle el problema de la selección de líderes, que denominó en alemán "Führerauslese". Es importante enfatizar que la palabra "Führer" en ese momento no estaba restringida a su significado nacionalsocialista, sino que entonces era un concepto común en la sociología y la teoría del Estado, que también había sido utilizado, por ejemplo, por Max Weber. Simplemente se refería a una persona que tenía una posición política dominante, en particular como jefe de Estado, ya fuera un presidente, un dictador o un emperador. En consecuencia, Kelsen también distinguió al "Führer" en los sistemas democráticos del "Führer" en las dictaduras, sin necesidad de problematizar de alguna manera el concepto. De hecho, Kelsen enfatizó que una sociedad sin líderes se adapta mejor a la idea democrática. Pero en realidad tiene que haber uno o más líderes, y en una democracia tienen que llegar al poder de forma democrática, es decir, mediante elecciones. La democracia se caracteriza por el hecho de que nuevos líderes siguen surgiendo de la masa de individuos, mantienen el liderazgo por un tiempo limitado y luego vuelven a hundirse en las masas. Psicológicamente, esto no deja de ser problemático, dice Kelsen, quien tomó prestado de Sigmund Freud mucho sobre esta cuestión. Después de todo, el arquetipo del líder es el padre. Y así como el hijo no puede engendrar al padre, tampoco el pueblo puede concebir un líder; debe estar predeterminado desde fuera para ser realmente aceptado como un líder. Kelsen demostró así cierto grado de comprensión por aquellos sistemas en los que la cuestión de cómo el líder había llegado al poder estaba disfrazada por medios religiosos o de otro tipo. A menudo, un líder dictatorial es adorado como Dios o como igual a un dios. Si muere, el sistema dictatorial se enfrenta a un problema "extremadamente embarazoso" ⁽²²⁾. En una dictadura no se puede garantizar si llegará al poder un dictador bueno o uno malo. Ciertamente, ha habido líderes "inteligentes" [sic!] en la historia, pero también muchos "Césares perversos, que destruyen sus propios estados y causan una miseria indecible a sus Pueblos" ⁽²³⁾.

Ya sea un líder democrático o dictatorial, en cualquier caso, la idea de que una sola persona pueda representar a todo un pueblo es ficticia. Esta

(22) KELSEN, H., *Vom Wesen (...)*, 2a edición, op. cit., p. 87.

(23) *ibíd.*, p. 90.

tesis central de Kelsen es solo una consecuencia lógica de su defensa de un sistema de representación proporcional: si solo el miembro del parlamento que realmente yo he elegido puede representarme allí, entonces el presidente puede representar simplemente a aquellos que realmente lo han elegido. Por lo tanto, Kelsen se mantuvo escéptico sobre el sistema de democracia presidencial durante toda su vida. Esto quedó particularmente claro en la polémica probablemente más famosa de Kelsen, con Carl Schmitt, sobre el “guardián de la constitución”. Como es bien sabido, Schmitt había afirmado que el presidente del Reich alemán era un organismo políticamente neutral que estaba por encima de los partidos y, por lo tanto, era el más adecuado y autorizado para supervisar la observancia de la Constitución ⁽²⁴⁾. Esto era resultado de una comprensión completamente diferente de la democracia y del Estado de la de Hans Kelsen. Schmitt rechazó la idea de una sociedad pluralista y consideró al pueblo como una entidad homogénea.

En 1932, primero en la asamblea (Dieta) prusiana, luego también en el parlamento (Reichstag) alemán, se produjo la situación democráticamente imposible de que los nacionalsocialistas y los comunistas, como resultado de elecciones democráticas, hubieran obtenido juntos más de la mitad de los mandatos, de modo que una continuación del gobierno democrático ya no era posible. En esta situación, Schmitt pensó que era legítimo que el Estado democrático se defendiera de los partidos que amenazaban la democracia. No así Kelsen: este declaró que “una democracia que intenta afirmarse contra la voluntad de la mayoría, incluso por la fuerza (...) ha dejado de ser una democracia” ⁽²⁵⁾. Kelsen no tenía más que palabras para contrarrestar las fuerzas antidemocráticas de su tiempo si no quería él mismo traicionar la idea democrática. “Debes permanecer fiel a tu bandera, incluso si el barco se hunde; y solo puedes llevar a lo más profundo la esperanza de que el ideal de la libertad sea inquebrantable y que cuanto más se hunda, más apasionadamente resurgirá” ⁽²⁶⁾.

V. EPÍLOGO

Hans Kelsen continuó trabajando en la teoría de la democracia, incluso después de su emigración a Estados Unidos, pero sus escritos sobre este tema apenas se conocen. Dos de sus estudios escritos en esta época son dignos de mención aquí: La teoría comunista del derecho, en el que también se ocupó de los críticos soviéticos de sus propios escritos, y el extenso

(24) SCHMITT, C., *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931, p. 158. Ver NEUMANN, V., *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, ps. 232 y ss.

(25) KELSEN, H., “Verteidigung der Demokratie”, *Blätter der Staatspartei*, nro. 2, 1932, ps. 90-98, p. 97.

(26) KELSEN, H., *íd.*, p. 97. Ver HIDALGO, O., “Hans Kelsen und das Paradox der wehrhaften Demokratie”, en *Elif ÖZMEN* (editor), *Hans Kelsens politische Philosophie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, ps. 95-111.

ensayo “Fundamentos de la democracia”⁽²⁷⁾. En este ensayo se defendió en particular de la acusación de que su relativismo de valores había favorecido el surgimiento de dictaduras. También reflexionó ahí sobre si la democracia era más compatible con un sistema capitalista de libre mercado o con una economía planificada socialista; mostró preferencia por la economía de mercado.

Cabe señalar aquí que Hans Kelsen, como tantos otros intelectuales, fue sospechado de “actividades antiamericanas” en la era McCarthy; de hecho, existe un voluminoso archivo del FBI sobre Hans Kelsen, y varias personas del círculo de Kelsen en Estados Unidos fueron interrogadas acerca de sus opiniones políticas. Desafortunadamente, el archivo no se ha publicado por completo, por lo que no está claro quiénes eran estas personas. Pero su veredicto fue claro: Kelsen era un “demócrata destacado” que había escrito muchos tratados contra el marxismo y el comunismo. La investigación se cerró así en 1955, el mismo año en que aparecieron los dos últimos estudios mencionados, y no sabemos si Kelsen se enteró alguna vez de que había estado bajo observación⁽²⁸⁾.

(27) KELSEN, H., *The Communist Theory of Law*, Londres, Praeger, 1955; “Foundations of Democracy”, *Ethics*, nro. 66, 1955, ps. 1-101.

(28) RATHKOLB, O., “Hans Kelsen und das FBI während des McCarthyismus in den USA”, en R. WALTER, W. OGRIS y T. OLECHOWSKI (editores), *Hans Kelsen: Leben (...)*, op. cit., ps. 339-348.

EL ESTADO Y EL DERECHO EN HANS KELSEN. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL ESTADO DE KELSEN DESDE EL PANTEÍSMO

Por Oscar Ucha (*)

“Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”.

Carl Schmitt, *Teología política*, 2009

I. INTRODUCCIÓN

La recepción en Latinoamérica de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen ha sido la de una teoría heredera de la epistemología neokantiana de la Escuela de Marburgo, en específico, del neokantianismo de Hermann Cohen. Juristas y filósofos del derecho latinoamericanos, como Carlos Cossio, Ulises Schmill, Oscar Sarlo, Mario García Berger, entre otros, han destacado el influjo innegable que ejerció el neokantianismo en el devenir del pensamiento kelseniano. Se trata de un tema que también ha sido estudiado a profundidad en otras latitudes, por gente como Carsten Heidemann ⁽¹⁾, Geert Edel o Stanley Paulson. Sin embargo, se suele pasar por alto en Latinoamérica que la teoría pura del derecho —así como en el caso de la teoría de la experiencia jurídica de Fritz Sander— fue el resultado de un eclecticismo epistémico, que tuvo no solo al neokantianismo como una de sus bases, sino también, y en gran medida, a la teología, en específico al panteísmo. Este fungió como contradiscurso frente a los fundamentos metajurídicos del Estado de las teorías del derecho anteriores al positivismo, como sería el caso de la teoría orgánica, la del Estado-persona, Estado de derecho, etc., herederas todas de una sutil ontología escolástica ⁽²⁾.

(*) Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) Cfr. HEIDEMANN, C., *Die Norm als Tatsache: zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, p. 43.

(2) Cfr. SANDER, F., *Staat und Recht, Prologomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1922, p. 585.

II. LA TEORÍA PURA Y EL RELATIVISMO COMO BASE EPISTÉMICA

La teoría pura del derecho fue, entre otras cosas, una propuesta metodológica para aproximarse al fenómeno del Estado, frente a las teorías clásicas del Estado que se basaban en nociones metajurídicas. El neokantianismo fungió como una herramienta epistémica para aproximarse al fenómeno del Estado y del derecho, diferenciando entre una metodología sociológica y otra jurídica y, con ello, dos objetos de estudio diferentes pero constitutivos de una misma realidad ⁽³⁾. Sin embargo, el neokantianismo no fue la única herramienta epistémica de la que se valió Kelsen, el relativismo fue también una de ellas. Kelsen desarrolló una teoría del Estado desde un relativismo libre de juicios valorativos, libre de un sujeto ontológico colectivo que actúe como una unidad política homogénea, postulando en su lugar una teoría del Estado basada en un fundamento normativista-formal, el cual funge como la regla básica para la diversidad de grupos sociales e intereses que compiten entre sí en el juego del poder ⁽⁴⁾.

Por medio del relativismo, Kelsen buscó superar la epistemología que caracterizó a la tradición clásica en lengua alemana de la teoría del Estado que, sobre todo con Hegel —así como había sucedido anteriormente con el absolutismo de Bossuet en Francia— ⁽⁵⁾, partía de la concepción del Estado como una categoría ontológica, una hipóstasis de Dios y el Estado, una especie de *μακροᾶνθρωπος* o ser sobresustancial que encarnaba la “voluntad general”, siendo en última instancia no otra cosa que la inmanencia de Dios en el mundo, como lo sostenía, por ejemplo, la teoría hegeliana del derecho ⁽⁶⁾. Frente a esto, el relativismo de Kelsen postuló una concepción unisustancial del derecho y el Estado, tomando como referencia para ello no a los grandes herederos del idealismo trascendental de la Escuela de Marburgo o de la Escuela alemana del suroeste, sino a gente como Nicolás Cusa, Spinoza, Feuerbach o Giordano Bruno ⁽⁷⁾.

Para Kelsen las teorías clásicas del Estado estaban ancladas en un absolutismo filosófico, que desde Aristóteles partía de una metafísica fundada en un monoteísmo teológico, en una dicotomía entre Dios y el mundo ⁽⁸⁾,

(3) Esto frente a la concepción dualista clásica como la de Georg Jellinek, quien concebía al derecho y al Estado como dos realidades distintas; por un lado, el derecho como objeto de estudio de la ciencia del derecho (Rechtswissenschaft) y, por otro, el Estado como objeto de estudio de la ciencia del Estado en sentido específico (Staatswissenschaft).

(4) Cfr. VAN OUYEN, R. C., *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften/Springer Fachmedien Wiesbaden, 2010, p. 14.

(5) Cfr. JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1905, p. 140.

(6) Cfr. *ibíd.*, ps. 23 y 24.

(7) Cfr. KELSEN, H., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Aalen, Scientia Verlag, 1981, p. 222.

(8) Cfr. KELSEN, H., “The philosophy of Aristotle and the hellenic-macedonian policy”, *The International Journal of Ethics*, XLVIII (octubre 1937), p. 4.

reforzada también por el dualismo platónico entre ideal y realidad, que Kelsen calificaba de misticismo y fuente de toda autocracia ⁽⁹⁾. Por ello, ya desde Aristóteles existía para Kelsen un vínculo entre la teoría política y la filosofía, entre la teoría política y la epistemología como teoría de la cognición y de los valores. Esto es porque Kelsen entendía la teoría política como una relación entre el sujeto y el objeto de dominación, y la epistemología como una relación entre el sujeto y el objeto de la cognición. Kelsen hace entonces una analogía entre el proceso de dominación, propio de la teoría política, y el de la dominación en el campo de la epistemología ⁽¹⁰⁾, siendo precisamente dentro de la epistemología y la teoría de los valores donde tendrá lugar el antagonismo entre el absolutismo y el relativismo filosófico para Kelsen, que lo concibió como una situación análoga entre el antagonismo entre democracia y autocracia, donde la primera se entiende como un relativismo político y la segunda, como un absolutismo político.

La democracia, a diferencia del absolutismo, constituirá para Kelsen una concepción del mundo en la que el Yo se entenderá en relación con un Tú o Ello ⁽¹¹⁾. Se trata de un relativismo donde la razón detrás de la configuración política y filosófica será el carácter del hombre mismo desde su subjetividad y no algún tipo de absoluto. Para Kelsen, el absolutismo filosófico se basa en una metafísica, según la cual existe una realidad absoluta e independiente de la cognición humana; el relativismo, en cambio, se sostendrá en una realidad que solo existe dentro de la cognición humana, limitándose a valores o verdades relativas y no a presupuestos o verdades absolutas.

III. LA TEORÍA PURA Y SU VÍNCULO CON EL PANTEÍSMO

Si la base del absolutismo radicaba en una epistemología basada en una metafísica que hacía del Estado un ente sobresustancial, Kelsen creía que podía superar este problema desde el mismo discurso teológico, con el panteísmo como fundamento del relativismo.

El panteísmo desde su variante pancosmista, es decir, aquel panteísmo llamado panteísmo cosmológico, que Kelsen explica como la forma de panteísmo en la que Dios se une con el mundo, a diferencia del panteísmo ontológico, en el que el mundo se une con Dios y que deviene acosmismo, es concebido por Kelsen, en esencia, como ateísmo y, por tanto, como una base epistémica que libera a las ciencias naturales de su carga teológica y con ello

(9) Cfr. KELSEN, H., "Platonic Justice", *Ethics*, 48 (3) (abril 1938), p. 399.

(10) Cfr. KELSEN, H., "Foundations of democracy", *Ethics. An international journal of social, political, and legal philosophy*, LXVI (octubre 1955), p. 38.

(11) Cfr. KELSEN, H., "Staatsform und Weltanschauung", en Hans R. KLECATSKY, René MARCIC y Herbert SCHAMECK (editores), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien, Franz Steiner Verlag, 2010, p. 1577.

de relevancia para la historia de la ciencia ⁽¹²⁾. Kelsen vio en este panteísmo de corte naturalista, en el que Dios es identificado con la naturaleza, como su orden ⁽¹³⁾, el cual toma de la crítica de Feuerbach al concepto teológico de Dios ⁽¹⁴⁾, un fundamento antimetafísico para su teoría del Estado y del derecho, frente al que consideraba como el fundamento último de las teorías clásicas del Estado, que no era otro que la concepción sobresustancial de Dios.

A partir del panteísmo pancosmista, que reducía a Dios a una mera explicación de la realidad ⁽¹⁵⁾, Kelsen redujo de forma analógica a la teoría del Estado a una mera teoría del derecho, con lo cual suprimió la carga moral que le imprimían las categorías metajurídicas al derecho. Cabe recordar que una de las consecuencias del panteísmo, en específico del materialismo spinozista, fue precisamente una transgresión del orden moral. Como bien apunta Deleuze, Spinoza propuso a los filósofos un nuevo modelo: el cuerpo, con lo cual se negaba toda superioridad del alma sobre este ⁽¹⁶⁾. Con ello se suprimían las categorías como el “bien” y el “mal”, para dar paso a un relativismo basado solo en bueno y malo como atributos de una única sustancia ⁽¹⁷⁾.

Por tanto, la noción unisustancial, propia del panteísmo, constituyó para Kelsen una base epistémica ideal para su teoría del derecho, o lo que es lo mismo, del Estado. A través de la hipóstasis del derecho y el Estado se suprimían las nociones metafísicas propias del absolutismo filosófico y, con ello, del dualismo entre derecho y Estado, que hasta entonces habían postulado las teorías clásicas del Estado. De esta forma, el Estado dejaba de constituir, al igual que Dios ⁽¹⁸⁾, una realidad trascendente al derecho; una voluntad absoluta, un ente sobresustancial ⁽¹⁹⁾. Esto se manifestaba para Kelsen en las teorías dualistas, por ejemplo, en la soberanía del Estado como confirmación de un absoluto, prima causa y ultima ratio del más alto bien o voluntad ⁽²⁰⁾.

IV. PANTEÍSMO COMO EPISTEMOLOGÍA DE LA DEMOCRACIA EN KELSEN

El relativismo filosófico basado en la noción unisustancial del panteísmo supuso para Kelsen más que una respuesta frente a las teorías dualistas

(12) Vid. KELSEN, H., *Der soziologische (...)*, op. cit., p. 248.

(13) Vid. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 552.

(14) El origen del panteísmo de corte naturalista lo podemos encontrar en un primer momento, sobre todo en Giordano Bruno y en la primera fase del panteísmo de Spinoza. Cfr. AVENARIUS, R., *Über die beiden ersten Phasen des spinozischen Pantheismus*, Leipzig, Eduard Avenarius, 1868, p. 12.

(15) Cfr. KORB, A. J., *Kelsen Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Recht- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 268.

(16) Cfr. DELEUZE, G., *Spinoza philosophie pratique*, France, Les Éditions de Minuit, 2003, ps. 27 y 28.

(17) *ibíd.*, ps. 33 y 34.

(18) Cfr. SCHMITT, C., *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009, p. 47.

(19) Vid., KELSEN, H., *Der soziologische (...)*, op. cit., p. 222.

(20) *ibíd.*

del Estado, más importante aún, Kelsen creía ver en el panteísmo un fundamento epistémico de la democracia. Partiendo de la analogía con el panteísmo, Estado y derecho se convierten en atributos de una única sustancia, el derecho se vuelve una inmanencia propia del Estado, y viceversa. Ello se observa en el concepto kelseniano de Estado, comprendido como un orden normativo (*Rechtsordnung*), o el Estado como una simple persona jurídica⁽²¹⁾, perdiendo con ello el Estado su propiedad sobresustancial, es decir, metajurídica.

La democracia en sentido kelseniano se puede interpretar como una tríada constituida por el Estado, el derecho y la democracia, que conforman una unidad sustancial. La democracia para Kelsen es ante todo forma, una forma de Estado, una forma de gobierno, donde la contradicción o antagonismo entre forma y sustancia, forma y contenido es solo relativa⁽²²⁾. Kelsen nos recuerda al respecto, por ejemplo, que no hay mejor forma de pavimentar el camino hacia la autocracia que atacar el orden institucional con el argumento de una política “formalista” anteponiendo los contenidos a las formas⁽²³⁾, detrás de lo cual comúnmente se esconden solo los intereses de las distintas fuerzas políticas en juego del poder, que con frecuencia apelan a los supervalores para defender sus propios intereses. Solo a través del formalismo basado en una práctica valorativa relativista se garantiza para Kelsen el pluralismo político en el ejercicio del poder.

Resulta por demás interesante mencionar al respecto que la relación entre panteísmo y democracia no es nueva, esta ya se encuentra con anterioridad en la llamada por Jonathan Israel “Ilustración radical”. Como ejemplo de ello podemos citar obras como la de Franciscus van den Enden, *Instituciones políticas libres (Vrije Politike Stellingen)*, publicada en 1665, que fue el resultado de una suma de elementos tomados de diferentes autores, pero sobre todo del *Tratado breve*, de Spinoza⁽²⁴⁾. Se trata de una obra con una clara influencia panteísta, donde la voluntad divina parece fundirse con la voluntad del pueblo, como lo pregona uno de sus postulados: “vox populi, vox Dei”, en lo que parece un fenómeno de unisustancialización; una espiritualización del cuerpo y una corporización del espíritu, según la interpretación que hace Marc Bedjai sobre la obra de van den Enden⁽²⁵⁾.

Las ideas que se gestaron durante la “Ilustración radical” en el círculo más cercano de Spinoza, entre quienes estaban van den Enden, los hermanos Koerbagh, Lodewijk Meyer y Peter Cornelius Plockhoy, entre otros,

(21) Vid., KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, op. cit., ps. 289-293.

(22) *ibíd.*, ps. 4 y 5.

(23) *id.*

(24) Cfr. ISRAEL, J. I., *La Ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad, 1650-1750*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 226.

(25) Cfr. BEDJAI, M., “Maître spirituel de Spinoza”, *Revue de l’histoire de religions*, 207 (3), 1990, p. 306.

tuvieron como resultado que este último buscara hacer realidad su utopía de fundar una sociedad más igualitaria, basada en un sistema de gobierno democrático sobre la base del voto, partiendo con dicho propósito de Ámsterdam con 41 personas a las costas de los Nuevos Países Bajos, ahora la zona de Delaware en 1663, que bien puede tratarse del primer intento de instaurar un república democrática en la historia moderna ⁽²⁶⁾.

V. CONCLUSIÓN

Kelsen fue muy claro al señalar que la teoría pura del derecho toma del panteísmo específica y únicamente su método, aquel basado en la idea de unidad; por lo que se debe ser cauteloso al interpretar a la teoría pura del derecho como una variante de la teología política, ya que esta no pretende serlo. Sin embargo, y a pesar de que se pueda cuestionar en qué medida Kelsen logró realmente deslindarse del vínculo con la teología política, se reconoce la importancia del discurso panteísta como uno de los fundamentos epistémicos de la teoría pura del derecho. Queda entonces la duda de hasta dónde podemos hablar en Latinoamérica de una teoría de origen neokantiano, dado el eclecticismo del pensamiento kelseniano. Hay quien, incluso, se ha preguntado de qué tipo de neokantianismo se habla cuando se refiere uno a Kelsen. Trabajos como el de Axel Korb, que han profundizado sobre el tema del neokantianismo en la teoría kelseniana, ya han hecho notar que pareciera que ni siquiera Hermann Cohen, sino Windelband o Simmel son quienes sientan las bases epistémicas del pensamiento kelseniano durante la llamada fase lógico-trascendental ⁽²⁷⁾.

Por otro lado, no se debe pasar por alto el hecho de que pareciera que el contacto de Kelsen con la filosofía neokantiana tuvo lugar luego de la publicación del artículo “La filosofía alemana en el año de 1911”, de Oskar Ewald, donde este hiciera notar los paralelismos entre la publicación en el mismo año de *Los problemas capitales de la teoría del Estado*, de Kelsen, y la filosofía de Hermann Cohen ⁽²⁸⁾, y no antes, por lo que una revisión sobre la recepción que ha tenido Kelsen en Latinoamérica queda pendiente, sobre todo tratándose de un autor que se suele citar con mucha frecuencia, pero que lamentablemente ya no se lee.

(26) *ibíd.*, ps. 231-236.

(27) Cfr. KORB, A. J., *Kelsen Kritiker (...)*, op. cit., p. 20.

(28) Vid. EWALD, O., “Die deutsche Philosophie im Jahre 1911”, *Kant-Studien*, vol. 16, ps. 397 y 398.

EL DERECHO COMO LENGUAJE DEL PODER POLÍTICO: UNA SÍNTESES DIALÉCTICA DEL PENSAMIENTO DE KELSEN Y COSSIO

Por Michel Enrique Torres Corona (*)

I. EL PODER

Los viejos arcanos del poder, del derecho, de la vida en sociedad, siguen siendo tan apasionantes como los misterios que cada día se acrecientan en torno al objeto de estudio de las ciencias naturales. Por mucho que logremos entender la arquitectura de nuestras células o la disposición de astros y planetas a través del universo, siempre quedan por resolver problemas que surgieron con la vida en sociedad y que hoy se resisten a ser descifrados por completo.

Desde que el primer jefe de tribu se arrogó el derecho de apropiarse del excedente o plusproducto de su gente ⁽¹⁾, la humanidad entró en una dinámica de expoliados y expoliadores que hoy continúa. Por supuesto, los mecanismos de legitimación de estos regímenes y las formas de ejercicio de la subyugación clasista se han diversificado y sutilizado notablemente. Si el jefe de la tribu fue aliado del garrote y los dioses (que inventaron lacayunos sacerdotes), nuestros modernos caciques se ocultan detrás de los gobiernos nacionales y agitan el látigo del capital. Pero el negocio sigue siendo el mismo: el privilegio de unos pocos por encima del derecho de todos.

Lo curioso de esta dinámica, consolidada a través de siglos de historia, es el hecho de la conversión de situaciones impuestas en realidades pacíficamente asimiladas: lo que Rousseau llamaría la conversión de “la fuerza en derecho y la obligación en deber”. Que millones de seres humanos asuman hoy que su lugar en el mundo, que su escaño en la jerarquía social

(*) Asesor jurídico del Ministerio del Interior de la República de Cuba. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) Vid. ENGELS, F., El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Es quizás la obra mejor escrita por los clásicos del marxismo para explicar la génesis histórica de la sociedad escindida en clases y el porqué de muchas cosas que hoy se dan por sentadas, sin apenas cuestionarse.

globalizada, es un asunto discutido, aprobado e irrevocable, nos llama a la reflexión de quiénes y cómo se implementan las reglas de este juego sorprendentemente adictivo que se ha dado en llamar “política”.

Una anécdota, a modo de preludio:

Cuando era niño, los muchachos de mi aula llevaron a la escuela un juego de mesa temático, que versaba sobre Alí Babá y los 40 ladrones. Durante el receso, varios nos colocamos alrededor del juego (que se jugaba de dos en dos) para disfrutar de la partida ajena, mientras esperábamos turno para jugar. El problema contra el que todos nos enfrentamos enseguida es que, además de los consabidos dados para mover las fichas, no conocíamos las reglas. No había instrucciones, y el tablero no daba pistas. Así, inocentemente (al menos quiero pensar que fue así) me propuse para “interpretar” las señales del tablero, y así dictar las reglas. A cada casilla que arribaba la ficha de un jugador, yo le atribuía (en función del retrato de uno de los 40 ladrones) una ventaja o desventaja. Y así fuimos jugando, hasta que llegó mi turno. Cuando tomé mi ficha y los dados, el muchacho contra el que tenía que jugar exclamó: “¡Ya perdí! ¿Cómo le voy a ganar? ¡Él se sabe todas las reglas!”.

No era el mero hecho de conocer las reglas: era la autoridad que se me atribuía para su creación (aunque fuera de modo inconsciente). Y, en buena medida, eso sucede con las reglas que rigen nuestra existencia. Poner en duda su origen y su naturaleza nos coloca en el camino de intentar aprehender la esencia de fenómenos sociopolíticos que muchas veces condicionan nuestra existencia cotidiana, pero que la mayor parte del tiempo no nos detenemos a examinar. Y en ese empeño, estudiar el derecho nos permite estudiar las “reglas del juego”, propicia que entendamos el lenguaje del poder político.

Aun cuando muchos autores comparten el concepto de que “todo fenómeno jurídico es un fenómeno social, condicionado por la estructura económica de la sociedad y que sigue, en gran parte, las directrices que esta le impone” ⁽²⁾ y el papel que tiene a la vez al influir en la sociedad, los estudios de Derecho se ven muchas veces lastrados por una metodología normativista, que produce leguleyos en masa, que viven en una rara realidad escindida: por una parte el derecho en su aspecto meramente formal (entiéndase: cúmulo jerarquizado de leyes) y por otra la vida social.

Nuestro propósito es indagar sobre la relación del derecho con la sociedad, como plano de la producción cultural humana, a partir de un análisis sobre dos iusfilósofos trascendentales del pasado siglo, Hans

(2) CONDE SALGADO, R., “Dialéctica y Derecho”, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XIII, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1968, p. 225.

Kelsen y Carlos Cossio; sintetizar sus aportes a la doctrina sobre el derecho en aras de, aunque pueda parecer pretencioso, sistematizar y fundamentar la concepción del derecho como lenguaje del poder político.

El materialismo dialéctico y la lógica aristotélica del hilemorfismo serán valiosos aliados teóricos en este afán.

II. LA SOCIEDAD

Indudablemente, “el Derecho degenera en vicio si, al amparo de la Dogmática, se pretende olvidar la trascendencia jurídica de los postulados axiológicos y las exigencias sociales. Ambos reduccionismos yugulan la virtualidad de los avances dogmáticos y empobrecen lamentablemente la Ciencia del Derecho al impedirle comulgar, por un lado, con los valores y, por otro, con las realidades sociológicas y, en último término, al desvincular al Derecho de la cultura” ⁽³⁾.

Al respecto, Muñoz expresa que derecho y sociedad constituyen “dos dimensiones, niveles, o planos de la actividad humana: lo jurídico y lo social. Dada la extensión de dichos planos, estos no se pueden definir mediante una enumeración de objetos que pertenezcan a su campo sino mediante la identificación del criterio mediante el cual dichos objetos serán imputados a una u otra dimensión” ⁽⁴⁾.

Para los fines de este trabajo, quizás lo más lógico sea analizar la sociedad como plano de la producción cultural. En este sentido, vale citar a Pérez Gallardo, cuando dice: “La cultura solo se concreta en la medida en que se manifiesta como práctica colectiva de un grupo social históricamente determinado. (...) es la suma de hechos y valores que la sociedad jerarquiza, selecciona y transmite como herencia colectiva a otras generaciones, que le imprimen su impronta histórica y social” ⁽⁵⁾.

Siguiendo este razonamiento, no se hablaría de la sociedad como elemento supraestructural, sino como el todo (integrando supraestructura y base económica), es decir, el plano total de la existencia humana en sus relaciones sociales. No es un concepto excluyente, por supuesto. Es meramente una abstracción que nos permite hablar de la cultura como producto de la vida en sociedad del hombre. A su vez se debe considerar al derecho como un producto cultural, es decir, no como una realidad natural

(3) LEDESMA NARVÁEZ, M., “De la dimensión formal al enfoque sistémico en la construcción de la ley”, s/e, s/a, p. 62.

(4) MUÑOZ, F., “Autonomía y responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad”, Anuario de Derecho Público, UDP, s/a, p. 505.

(5) PÉREZ GALLARDO, L. B., “Cultura y cultura popular. Influencia recíproca: África, España, Francia, China e Iberoamérica”, en Andry MATILLA CORREA (coordinador), El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas, La Habana, Ciencias Sociales, 2011, p. 659.

o como una constante metafísica, sino como un fenómeno humano, un fenómeno social.

A este tenor dice Varga: “La lección inequívoca que ha de obtenerse de la argumentación precedente es que el derecho, en todos sus aspectos, es un fenómeno social. (...) resulta claro que el alcance conceptual del derecho es más amplio del que parece sugerir su promulgación oficial y la ideología concomitante” ⁽⁶⁾.

Fernández Bulté nos ratifica: “El fenómeno jurídico forma parte de la candente existencia de la sociedad, emana de ella, se cuece en ella y está encaminado a surtir determinados efectos dentro de esa dinámica social” ⁽⁷⁾; y como producto cultural, debe agregarse, se forma exclusivamente por medio de la actividad de los hombres. No es un ente autónomo ni una realidad apriorística.

III. KELSEN Y COSSIO

Cuando Hans Kelsen hizo famosa su teoría pura del derecho, el sociologismo tributario de Comte había sometido al derecho a las diferentes metodologías empíricas derivadas de la sociología, la psicología, la biología y hasta de la historia natural, provocando un verdadero caos metodológico. El pensamiento kelseniano fue una reacción a estas contradicciones epistemológicas y metodológicas ⁽⁸⁾. Es decir, el normativismo de Kelsen no planteaba que el derecho “fuera norma y solo norma”, sino que delimitaba el objeto de estudio del jurista al ordenamiento jurídico. Era un afán encomiable de fortalecer el carácter científico de la investigación jurídica al brindarle independencia a su objeto, librando a la ciencia jurídica de inmiscuirse en materias que, a su juicio, le eran ajenas e innecesarias.

Planteaba entonces que, en un plano ontológico, el derecho “está constituido por normas que forman el Ordenamiento jurídico o, más precisamente, está constituido por el Ordenamiento jurídico que está formado por normas, ya que para él no es el Ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas, sino que solamente son normas jurídicas aquellas que integran o pertenecen a un Ordenamiento jurídico. La juridicidad del Ordenamiento no le deviene de las normas, sino al revés, es la juridicidad de las normas la que deviene del Ordenamiento jurídico. Solo partiendo del concepto de

(6) VARGA, C., “Teorías macrosociológicas del derecho: panorama y valoración”, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo V, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988.

(7) FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Teoría del Estado y del Derecho, segunda parte, La Habana, Félix Varela, 2004, p. 5.

(8) PISI de CATALINI, M., “La Teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale”, Cuyo, vol. 8/9, 1991, p. 2.

Ordenamiento jurídico se puede explicar la juridicidad, la coactividad y la validez de las normas jurídicas”⁽⁹⁾.

Otro contenido interesante de la obra del jurista austriaco es la que se refiere al *sein* y el *sollen*. Kelsen halla en esta división entre un mundo regido por la causalidad (naturaleza, *sein*) y otro por la imputación (cultura, *sollen*), el sostén lógico para afirmar que la ley normativa se diferencia de la ley causal porque esta última expresa lo que tiene que suceder, en tanto la primera únicamente recoge lo que debe suceder, aunque de hecho nunca llegue a suceder⁽¹⁰⁾.

Cossio, quien fue rival (declarado) de Kelsen y con quien sostuvo intensos debates académicos, presentó al mundo, bajo la égida de su teoría egológica, un planteamiento diferente. Desde un plano ontológico, Cossio “arranca de la clásica distinción entre realidades naturales y realidades culturales. Distinción que él fundamenta en el hombre en cuanto que valora de alguna manera la naturaleza; de tal forma que la realidad natural por medio de esa infiltración de valores hecha por el hombre se transforma en bienes de la cultura o en realidades valiosas. Los objetos culturales no son, pues, mera porción de la naturaleza —lo que Cossio llama substrato—, sino que tiene algo diferente de esta —Cossio lo denomina sentido— y que, competido con la misma, trasluce toda la configuración sensible que tiene ese pedazo de naturaleza”⁽¹¹⁾.

Cueto Rúa nos dice: “Cossio invita a estudiar la actividad judicial, a analizar la experiencia jurídica, a identificar sus elementos componentes, a ver en los actos de los jueces en tanto tales, un comportamiento normativo (las normas generales aplicables), un elemento empírico (los hechos del caso) y un elemento axiológico (el valor del comportamiento del juez, de las partes, y el valor implícito en la solución suministrada por las normas)”⁽¹²⁾.

Además, el jurista argentino reforma el objeto de estudio de la ciencia jurídica y articula un nuevo objeto, que excede el plano normativo: la conducta. Al respecto, es ilustrativo el criterio de Pisi de Catalini, cuando explica que “hay otra manera posible de interferir una acción con otra, necesariamente posible en cuanto la existencia humana es coexistencia y es en relación con otro sujeto actuante, donde la ejecución de una acción queda contrapuesta al impedimento de la misma que le opone o no la acción de otro sujeto; el ‘hacer’ se integra con el ‘impedir’. Aquí estamos en presencia de la conducta jurídica”⁽¹³⁾.

(9) MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Teoría pura y teoría egológica del Derecho”, Anuario de Filosofía del Derecho, Oviedo, 1987, p. 361.

(10) FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Filosofía del Derecho, La Habana, Félix Varela, 2005, p. 184.

(11) *ibíd.*, p. 363.

(12) Op. cit. pos PISI de CATALINI, M., “La Teoría egológica (...)”, op. cit., p. 6.

(13) PISI de CATALINI, M., La Teoría egológica (...), op. cit., p. 7.

Hans Kelsen había sostenido que el derecho, en tanto objeto de estudio científico, ha de asumirse como un sistema de normas y solo normas. Frente a este postulado básico, Carlos Cossio sostiene que el Derecho es, por el contrario, conducta. Las normas únicamente conceptualizan, según Cossio, sintetizan y plasman cómo deben ser esas conductas humanas ⁽¹⁴⁾.

Hasta este punto, se puede ver que mientras Kelsen llamaba a limitar (y en tanto, depurar) a la ciencia jurídica de todas aquellas áreas que no parecieran esencialmente jurídicas, Cossio construye una ciencia del derecho que no teme asumir, engrandecer y anchar su objeto de estudio, mirar la vida no solo como coyuntura que se regula, sino como sustrato con un sentido, que debe ser estudiada por el jurista. Son dos posiciones que se antojan radicalmente opuestas, pero que quizás puedan entenderse de otra manera. ¿Son irreconciliables las posiciones de estos dos gigantes del derecho?

Y no se habla aquí de facilismos eclécticos, sino de analizar la interacción entre estas dos posturas y mediante la aplicación del marxismo más básico (en este caso, la consabida negación de la negación), llegar a una síntesis mejor y más avanzada.

A tenor de este razonamiento (pero sin marxismo de por medio), apunta Martínez Roldán: “Insisto en que Cossio sitúa el Derecho en la vivencia preferencial de la conducta interferida, mientras que Kelsen lo sitúa en el sentido objetivado de esa vivencia preferencial (...) que son las normas en cuanto criterios reguladores de esa conducta interferida intersubjetivamente. Cossio lo entiende como vida humana viviente y Kelsen como vida humana objetivada en unas normas. Pero, ¿no son estos dos aspectos necesarios y compatibles en la configuración del Derecho en cuanto realidad cultural?, ¿no son dos momentos necesarios de la configuración del Derecho?, ¿la norma no es la objetivación y expresión de esa vivencia preferencial del legislador respecto a conductas interferidas alteralmente?” ⁽¹⁵⁾.

Hasta este preciso momento, se pudiera establecer la hipotética posibilidad de que ambas concepciones pudieran ser dialécticamente sintetizadas, pero en ese caso: ¿qué postura tendría preponderancia dialéctica?

Para aclarar nuestras ideas al respecto: el eclecticismo no es más que una respuesta rápida y sin compromisos, pero casi nunca (la prudencia invita a no generalizar) correcta.

Cuando los clásicos del marxismo discutían sobre el problema fundamental de la filosofía, establecían que el materialismo dialéctico no negaba el pensar, sino que establecía la preponderancia del ser. Naturaleza sobre espíritu, sin negar el espíritu. Una posición ecléctica podría fácilmente de-

(14) FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 198.

(15) MARTÍNEZ ROLDÁN, L., *Teoría pura y (...)*, op. cit., p. 365.

terminar que naturaleza y espíritu pueden estar en un mismo plano, tener el mismo peso. Pero como Engels sentenciara genialmente en su discurso ante la tumba de Marx, un hombre, antes de pensar, tiene que comer, vestir y guarecerse. Ergo: preponderancia del ser, de la naturaleza.

Por tanto, lo lógico (y para ello nos basamos en la legitimidad argumental de los clásicos del marxismo) cuando se analiza un binomio contradictorio para su síntesis (en tanto la dialéctica es la lógica de la contradicción), es que no se debe dar la facilista respuesta del eclecticismo. Por ello es que, si se coloca a la conducta contra la norma y tratamos de sintetizar el objeto primordial del derecho, o su naturaleza formal o material, tenemos que establecer qué término tiene preponderancia.

Pero para determinar con claridad qué elemento tiene preponderancia dialéctica (si lo formal-normativo o el sustrato material-conductual), es preciso dilucidar qué es, en definitiva, el derecho.

IV. EL DERECHO

Bodenheimer aborda el derecho como “un producto de las fuerzas internas que operan sigilosamente, no de una voluntad arbitraria, sino un crecimiento lento, gradual y orgánico, que al igual que la cultura emana de las fuerzas inconscientes, graduales e irracionales de la vida individual de una nación determinada” ⁽¹⁶⁾.

Esta tesis, que adolece de cierto razonamiento metafísico, es reelaborada por Diéguez Méndez, cuando plantea que considera al derecho “como un producto vivo que emana del pueblo basado en la conducta social, y en los intereses de las clases que dentro de esa sociedad se desarrollan. Se relaciona y vincula estrechamente con la cultura y ejerce influencia sobre la realidad, encontrándose el punto esencial del desarrollo jurídico, no en la legislación, ni en las ciencias jurídicas, ni en la decisión judicial, sino en la sociedad misma, como motor impulsor de las relaciones que dentro de su estructura se desenvuelven y manifiestan” ⁽¹⁷⁾.

Muy interesante también es la tesis de González Díaz Lombardo, quien plantea: “Para nosotros, tomando la tesis aristotélica, nos parece que el Derecho se encuentra integrado hilemórficamente, pues en su existencia hallamos integrando una unidad, por una parte, datos permanentes, incambiables, que son los de carácter formal, y, por otro lado, los datos materiales, que sí están sujetos a cambio. Dentro de los datos formales debemos señalar: sujetos, relación, deber, consecuencias, sanción. Dentro de los da-

(16) Op. cit. pos DIÉGUEZ MÉNDEZ, Y., “El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad”, Derecho y cambio social, Nueva Gerona, s/a, p. 25.

(17) DIÉGUEZ MÉNDEZ, Y., “El Derecho y su correlación (...)”, op. cit., p. 25.

tos materiales: personas, sociedad, fines jurídicos (seguridad jurídica, bien común, justicia), deber de justicia, coacción y libertad”⁽¹⁸⁾.

Salvando algunas precisiones, pudiera analizarse la correspondencia entre este razonamiento y aquel que llevara a Miguel Reale a analizar el derecho como sustrato social (datos materiales) y forma técnico-jurídica (datos formales). Por supuesto, el derecho no es permanente ni incambiable en ninguna de sus dos dimensiones estructurales. Las normas cambian tanto o más que la sociedad y las personas.

Tomando en consideración todos los criterios doctrinales que se han expuesto, y tomando como base teórica los postulados de Kelsen y Cossio, es necesario establecer un concepto de Derecho que se aleje de las concepciones estrictamente normativistas y que refrende lo social como componente funcional-estructural del derecho, aun cuando pueda parecer que un concepto unívoco de derecho a la larga resultará siempre reduccionista.

No se puede entender que la mera voluntad política establezca en su totalidad un sistema tan complejo como es el derecho. Los antagonismos de clase y la colisión de intereses grupales e individuales nutren el sustrato material del derecho: se producen hechos, se asientan valores, se categorizan principios.

Hechos, valores y principios no se derivan exclusivamente de la acción estatal (aunque tiene el Estado y su tipología un gran peso). Pero todo ello tiene un denominador común: la conducta humana. Un hecho no es más que la conducta humana exteriorizada; un valor o un principio no son más que expectativas conductuales. Es decir, en el sentido egológico, la conducta humana es el componente fundamental del sustrato material del derecho, y la expectativa conductual que se formaliza deviene normativa. Ahora, ¿cómo se formalizan estas expectativas conductuales? ¿Cómo se transforman en normas? ¿Por qué?

En esto tiene que ver la relevancia jurídica. La relevancia jurídica no es más que el juicio de necesidad que surge de la lucha de clases y de los distintos intereses en contradicción: puede el Estado otorgarle a un hecho relevancia jurídica, regularlo, difundir valores que son de su interés; puede que sea la presión de una clase o de un grupo social la que obligue al Estado a su formalización. En esto tiene un papel decisivo la conciencia jurídica⁽¹⁹⁾.

(18) GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, F, op. cit., p. 346.

(19) “Como elemento de la superestructura social, el derecho forma parte de la conciencia social y dentro de ella ocupa un lugar singular. Las ideas sobre el derecho, la expresión del fenómeno jurídico en la conciencia social se identifica como la conciencia jurídica, que es la apreciación que tiene la sociedad sobre los principales valores jurídicos, es decir, sobre la justicia, lo justo, lo legal, lo ilegal, etc. La conciencia jurídica deriva de la ideología, de la conciencia política y de la propia naturaleza del derecho y, por supuesto, varía en la evolución histórica, en la misma medida en que se produce el proceso civilizador y evoluciona la cultura humana y el derecho en particular; constituye una forma

Aun cuando no se formalice, una conducta es jurídica en tanto genera una expectativa conductual que amerite una formalización. Por ejemplo, el adulterio. Como conducta, el adulterio siempre ha sido (más o menos) reprobado moralmente, pero hoy día no está formalizada una expectativa conductual (que sería: no cometer adulterio... entendiendo que continúe siendo reprobado moralmente, claro). Pero si existiera un grupo de personas que abogaran por su formalización, entonces el adulterio sería una conducta jurídica, aun cuando no exista como figura en la normativa. Tendría relevancia jurídica, porque en la dialéctica sustrato material-orden normativo, las conductas se juridizan en tanto apuntan a una formalización (por imposible que se antoje).

Lo que está claro es que el derecho es preponderantemente formal, y estrechamente relacionado con el Estado, pero esa faceta formal, aunque preponderante, no puede obnubilarnos. Existe un sustrato material del derecho derivado de lo social: la conducta y su expectativa. Y allí también se forja el derecho, aun cuando sea materia latente que no llegue a formalizarse.

La lógica aristotélica de la naturaleza hilemórfica del derecho que venimos desarrollando (más en consonancia con Reale que con González Díaz Lombardo) lleva a pensar en una conceptualización del derecho como lenguaje del poder político.

Como todo lenguaje, es una forma de expresar un conjunto material y abstracto. Del mismo modo que en la música una nota es expresión de un sonido, y en la matemática un número expresa una cantidad (a veces en sentido negativo o incluso imaginario), una norma expresa determinada expectativa conductual. Es lo que pudiera llamarse función conativa del derecho ⁽²⁰⁾ y sobre ello volveremos luego.

Por supuesto, como lenguaje, es susceptible de ser conocido por todos. Pero su formalización (su discurso) es dominio exclusivo del Estado, al ser instrumento del poder político. Una norma jurídica no obliga a una persona a realizar un acto, ni siquiera la coactividad estatal puede. La norma no es más que la expresión formal de una expectativa conductual.

Por ejemplo: la norma constitucional que obliga a todos los hombres a cumplir el Servicio Militar. Un hombre, hipotéticamente, pudiera negarse, no cumplir con la expectativa conductual: la norma, en definitiva, no ha

de valoración del derecho y por ello tiene un esencial contenido de clase". Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y (...)*, op. cit., ps. 22 y 23.

(20) Se llama conativa, del latín *conatus* (inicio), porque el emisor espera el inicio de una reacción por parte del receptor. El emisor intenta influir en la conducta del receptor. Sus recursos lingüísticos son los vocativos, modo imperativo, oraciones interrogativas, utilización deliberada de elementos afectivos, adjetivos valorativos, términos connotativos y toda la serie de recursos retóricos. Al respecto, vid. JAKOBSON, R., *Fundamentos del Lenguaje*, Ciencia Nueva, 1967.

fallado. Paso seguido, es sancionado. Pero la sanción es, en tanto parte de la estructura de la norma, también expresión formal de una expectativa conductual, en este caso, por parte de los hombres titulares de los órganos del Estado.

Por ello es que el Derecho es el lenguaje del poder político, un fenómeno cultural eminentemente formal-normativo, que halla su sustrato material en la conducta humana y su expectativa, y que es producto del antagonismo de clases.

El antagonismo de clases es el fundamento del poder político, del Estado como epicentro de la sociedad humana. El Estado formaliza determinadas expectativas conductuales en función de los intereses de la clase dominante (intereses que no tienen que ser homogéneos) y, más aún, del grupo social que ejerza el poder político. Pero eso no quiere decir que no se formalicen determinadas expectativas conductuales en función de intereses contrapuestos a los de la clase dominante.

La dinámica del poder político ejercido a través del Estado se rige por el equilibrio entre dictadura y hegemonía. En la medida que logre consenso sin afectar radicalmente sus intereses, la clase dominante (y sus sectores más empoderados) hará concesiones y reajustes. Esa tirantez, producto del antagonismo de clases, es la que produce que expectativas conductuales con relevancia jurídica sean finalmente formalizadas en el orden normativo.

Las clases empoderadas económicamente (que ejercen el poder político a través de la maquinaria estatal) y las clases oprimidas o derrotadas, aun cuando no tienen la fortaleza de poder formalizar y validar todas sus pretensiones, participan de la pugna por el poder y forman parte de la compleja realidad cultural que implica la creación del derecho.

V. LA FUNCIÓN DEL DERECHO

Abordar el complejo tema de las funciones del derecho supone estudiar las relaciones de derecho con el cumplimiento voluntario o la aplicación coactiva de las normas “y toda una serie de cuestiones que permitan afirmar descriptivamente que el Derecho es eso que se define mediante las funciones que cumple en la sociedad” ⁽²¹⁾.

Prieto Valdés nos brinda un panorámico criterio: “partiendo de asumir el carácter complejo del Derecho por la multiplicidad de elementos y carac-

(21) CARRILLO GARCÍA, Y. y MONDELO GARCÍA, W., “Marxismo, Derecho, poder (Notas para un Programa de Investigación)”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Santiago de Chile, 2003, ps. 359-360.

teres que determinan o inciden en su existencia y desarrollo, por sus fundamentos ideológico-valorativos, por la diversidad de sus funciones sociales y su propia vigencia espacial-temporal (...) requiere del análisis de los elementos de tipo socioeconómico, político, ideológico, cultural y axiológico que se manifiestan y priman en la sociedad en un momento determinado, y hasta de consideraciones de tradición o historia en la esfera del Derecho, todos los cuales condicionan no solo la cultura jurídica de la época, sino la normativa dictada” (22).

A este respecto, Dais plantea que las funciones sociales del derecho son el requisito fundamental para la supervivencia de todo sistema social. Para este autor, se resumen en cuatro: la función para el mantenimiento de patrones (o socialización), la función de integración (manejo de conflictos), función adaptativa (para la efectiva acción económica en el afán de remover obstáculos) y una última función que pudiéramos traducir como búsqueda de metas (o difusión de valores), que entendemos como la función jurídica de transformar la sociedad, de llevarla hacia el progreso (o cuando menos, hacia algo distinto) (23).

Cita a Bredemeier al identificar el derecho con la función social de integración y relación entre distintos sistemas, y a Parson al ver el Derecho como un mecanismo generalizado para el control social que opera difusamente en todos los sectores de la sociedad (24).

En este sentido, se debe esclarecer que control social es “cualquier influencia que dentro de un grupo social se ejerce sobre sus componentes, principalmente mediante la comunicación de modelos de comportamiento y siempre con aplicación de una fuerza o presión engendrada por la propia existencia del grupo, para lograr un orden social determinado previniendo o venciendo actuales o eventuales resistencias de dichos componentes” (25).

Lo que define y distingue al control social jurídico es la violencia y la coactividad estatal. Es decir, si el Estado, en palabras de Lenin, es “violencia organizada”, el derecho es esa forma en la que se organiza la violencia, violencia que encuentra asidero lógico en el conflicto potencial que se deriva del antagonismo de clase. Es un control social que se gesta día a día en la

(22) PRIETO VALDÉS, M., “El Derecho, ¿ciencia? Criterios doctrinales”, Revista Jurídica, nro. 8, La Habana, Ministerio de Justicia, 2005, p. 21.

(23) Del original: “The general social functions are those requisite to the survival of a social system. They are pattern-maintenance (socialization), integration (conflict management), adaptation (effective, economical action to remove obstacles), and goal-seeking (allocation of values); Vid. DAIS, E. E., “General social functions of Law and jurisprudential perspectivism”, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XVII, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1974, p. 16.

(24) Del original: “Bredemeier identifies law as the integrative social function with an input-output relation with other systems. Parsons sees law as a generalized mechanism of social control that operates diffusely in virtually all sectors of the society”. *ibíd.*

(25) ZAFRA VALVERDE, J., “El Derecho y otros métodos de control social”, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XVII, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1974, p. 507.

lucha de poder, y no producto de un consenso o una noción generalizada de lo correcto.

Continúa Dais refiriendo que, como actividad específica, el derecho también puede ser identificado como un esfuerzo colectivo por regular el comportamiento individual de modo predecible, mediante el uso legítimo del poder coercitivo; y establece como variables clave la predictibilidad y la legitimidad ⁽²⁶⁾.

En este sentido, se han de plantear dos precisiones: es realmente cuestionable la idea del derecho (o de la ley, entendiendo que el término *law* presenta estas dos acepciones en inglés) como un esfuerzo colectivo, cuando en realidad su estudio desde el prisma histórico-clasista lo revela como una lucha incesante en el colectivo por imponer determinada conducta, ajustándose a un siempre cambiante sistema de valores; por otra parte, es muy atinada la inclusión del poder coercitivo como característica definitoria de lo jurídico, en tanto es el Estado quien ostenta el “monopolio exclusivo sobre el uso legítimo de la violencia” (Weber), y es el órgano preponderante, al menos, en el aspecto formal-normativo del derecho.

Las variables de predictibilidad y legitimidad resultan un binomio interesante, pero las limitantes de objeto y espacio de este trabajo no permiten analizarlas a profundidad.

Concluye Dais que el derecho se legitima en tanto responde adecuadamente a la demanda normativa que se deriva de sus cuatro funciones sociales ⁽²⁷⁾. A juicio del autor, el derecho no se legitima. Quien se legitima al legislar en concordancia con las demandas sociales mayoritarias es el Estado, que encuentra en estas leyes “democráticas” un mecanismo hegemónico para lograr consenso y viabilizar su reproducción sistémica. El derecho acoge lo legítimo y lo ilegítimo, lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto.

Eikema Hommes brinda otro punto de vista en relación con las funciones del derecho. Habla de cómo las funciones del derecho se suelen entender como la capacidad de un ordenamiento jurídico para alcanzar la realización de ciertos propósitos no-jurídicos como la organización de la sociedad; el establecimiento de condiciones que faciliten la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas de los hombres; la justicia social y el bienestar; etcétera ⁽²⁸⁾.

(26) Del original: “As a specific activity, law may be identified as the collective effort to regularize individual behavior in predictable fashion by the legitimate use of the preponderance of coercive power. The key variables are predictability and legitimacy”. Vid. DAIS, E. E., “General social functions (...)”, op. cit., p. 16.

(27) Del original: “Law becomes and remains legitimate by adequately responding to the normative demands of each of the four general social functions” ibíd., p. 17.

(28) Del original: “‘Functions of law’ is often understood to refer to a legal order’s capacity to achieve the realization of certain nonjuridical purposes such as: the ordering of society; the establish-

Este autor concluye que, si en definitiva todas estas funciones antes descritas son comunes tanto al derecho como a la moral, o la economía, etc., la única forma de distinguir al derecho es en el modo en el que sirve a estos propósitos. Y para ello establece su tesis del modo jurídico ⁽²⁹⁾. Esta noción asume como irrelevantes las funciones del derecho en pos de supervalidar el modo, la forma.

Lo cierto es que el tópico de las funciones se ha confundido muchas veces con los fines que se intentan perseguir a través del derecho, y no con la función o el modo en que el Derecho tributa a esos fines. ¿Podemos considerar a la solución de conflictos (dígase: paz) una función del derecho? ¿Cómo engazaría esa lógica con una declaración de guerra, que es, en definitiva, un acto jurídico?

Los fines son el sentido del derecho, el objetivo que se tracen sus operarios en su ejercicio profesional o las personas que ejerzan el poder político. Pero su función, siguiendo la lógica que hemos venido desarrollando, es la que emana de su naturaleza hilemórfica y de la capacidad que brinda lo jurídico para formular e imponer modelos conductuales. La función del lenguaje del poder político no puede ser otra que la función conativa.

Establecer que la única función del derecho es la de generar y transmitir expectativas conductuales es, sin dudas, una tesis polémica. Mas cuando analizamos ontológicamente al fenómeno jurídico, se hace evidente que más allá de los altos fines y metas que se trazan los juristas, hay un modo y una forma que esencialmente se traduce en la función de hacer que las personas se comporten de una manera y no de otra.

Toda norma jurídica apunta a provocar una reacción por parte del receptor (ciudadano, administrado, reo, funcionario, etc.). Es un recurso para intentar influir en su conducta a través de órdenes, prohibiciones, técnica de fomento (...) Un discurso dirigido a cada individuo desde el alcance general que le brinda el respaldo del Estado y su poder público.

La función conativa del derecho es esa actividad de formular una expectativa conductual y promover su acatamiento. El éxito o no de una norma no determina su juridicidad, sino su eficacia. La eficacia jurídica viene

ment of conditions facilitating the satisfaction of men's individual and collective needs, the provision of social justice, of welfare, etc." Vid. VAN EIKEMA HOMMES, H. J., "The function of Law", Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XVII, Madrid, Centro de Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1974, p. 23.

(29) Del original: "And if it be true that law, morals, economics, etc., all of them alike and equally serve to introduce order to human society, enhance possibilities for the free development of human beings, and such like, then that which essentially distinguishes law from morals, economics, etc., is to be found only in the mode in which law serves these purposes. And the mode in which law serves these purposes is no other than the juridical mode" *ibid.*

a ser, entonces, como la asertividad al lenguaje coloquial; o la afinación a la música (en el caso de la música tonal, por supuesto).

VI. EL CONCIERTO

Una última analogía: en un teatro abarrotado el público se espera por que comience el concierto. En el centro del escenario hay un piano. Un hombre camina hasta él, se sienta en la banqueta, abre una partitura y comienza a tocar. El productor, dueño del teatro, paga al pianista y recibe el dinero de taquilla. Es un negocio redondo.

En esta analogía, el piano es el Estado. Es un instrumento. Sirve en apariencia a la voluntad de su titular, del intérprete: el pianista. El pianista puede ser cualquier titular de un órgano: el presidente o un juez. La partitura es la ley, la disposición normativa: su compositor, el órgano legislativo. El productor es la clase dominante: tiene el dinero, y dispone qué tocar y cuándo empieza y acaba la función, contrata al pianista (¡siempre teniendo en cuenta los gustos y exigencias del público!), es el que siempre gana con el negocio. ¿Y qué cosa es el derecho? El derecho es la música, la forma ordenada, el lenguaje.

Todos podemos saber de música, pero no todos nos sentamos en la banqueta, frente al piano, a la hora del concierto. Si queremos cambiar la música, hay que sentarnos al piano. O empezar a abuchear. Pero quizás, si abuchecemos, la seguridad del teatro nos saque. “Violencia organizada”, dijo Lenin.

COSSIO VS. KELSEN: EL PROBLEMA DEL MÉTODO

Por Fernando Almeyda Rodríguez (*)

I. PROFUNDIZANDO EN UNA VIEJA POLÉMICA

Esta breve ponencia está elaborada sobre una investigación, quizás no tan breve, de materia filosófica. Y es que entrar en el núcleo del debate Cossio-Kelsen sin caer en discursos maniqueos, mecánicos o apologéticos no es tan sencillo. Se precisa conocimientos o al menos experiencia sobre lo que llamamos el derecho, pero además un responsable entendimiento de la filosofía.

En otras palabras, intentar deslindar el núcleo argumental —que es lo que se propone este trabajo— de la polémica entre los dos reconocidísimos autores y sus respectivos seguidores es tarea ardua. Pero, sin importar esfuerzos, vale la pena, en tanto cada sistema de pensamiento representa una parte importante del pensamiento jurídico contemporáneo.

Entrando en materia, uno bien podría figurarse, desde una visión paramecánica, que el “método” es algo así como una herramienta que aplicamos para llegar a un resultado experimentando o aplicando sobre un objeto. Esto sería ingenuo y escueto. Sucede que el método, incluso desde esta primaria visión, implica ya una predeterminación al objeto que se analiza. Sus límites se traducen en los límites del objeto mismo. Así, no somos capaces de analizar/valorar un objeto más allá de los límites u horizontes que la propia metodología de la investigación dicta.

No es para menos cuando el monumental y misterioso Hegel, en su *Ciencia de la lógica* establece una relación absoluta de unidad entre el método, el conocimiento y el objeto mismo.

(*) Investigador; asesor jurídico del Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera de la República de Cuba. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

II. UN DISTANCIAMIENTO NECESARIO

Ahora bien, ¿quién entroniza al método?, esta ha sido una de las preguntas más complejas de toda la historiografía mundial del conocimiento, en la cual no pienso adentrarme por estar demasiado lejos de mis intenciones para con esta exposición; baste ver que el método es alfa y omega de cada sistema de pensamiento, pues es más que la forma de llegar a un resultado, la manera en que le damos una consistencia tautológica, redonda o sistémica a un determinado objeto/ente del saber.

Por tanto, si nos interesa más que tomar posturas en el diferendo Kelsen-Cossio, consideré fundamental entender las lógicas implícitas en sus respectivos postulados, que dieron lugar al choque de posiciones.

Ahora bien, para ser justo, aunque sea de cortesía, sería desajustado a un análisis crítico de mi parte partir sin tomar distancia de cada uno de los autores. Es muy común el caso de artículos e investigaciones en los que se critica a un autor sobre el punto de vista del contrario; así, analizado Kelsen desde la lógica de Cossio, encontraremos que se equivoca y, asimismo, viceversa. Siendo el caso mi interés en lograr el mayor grado de objetividad en mi análisis, acudí heterocompositivamente a mis empatías con autores como Carlos Marx, Pašukanys y Ludwig Wittgenstein, como apoyo teórico y crítico.

El estudio realizado, cuyos resultados expongo aquí, no tuvo por objeto aquellas obras que exponen resultados con implicaciones jurídicas, sino más bien aquellas en las que los autores en cuestión respectivamente exponen o dan a relucir los enunciados fundamentales de sus métodos. Se recalcó en la búsqueda del sentido lógico tras los enunciados jurídicos.

Así, por el lado de Kelsen, resultó fundamental la lectura de sus *Hauptprobleme, Problemas capitales de la teoría del Estado*, en su edición de 1923, actualización de la de 1911. Esta obra, junto con *El kelsenismo*, de Bustamante y Montoro (1945); Max Weber y Hans Kelsen, de Norberto Bobbio (1981); *La pureza del método en la teoría kelseniana*, de Ulises Schmill; *Hans Kelsen, vida y obra*, de Rudolf Aladar Métall (1976), junto con algunos artículos referenciales, históricos y biográficos, me permitió llegar a esclarecer lo que buscaba.

En el caso de Cossio, fue un trabajo necesariamente más descentrado, en tanto hube de apoyarme en artículos como “Panorama de la teoría egológica del derecho” (1948); “Las ideologías” (1965); “El sustrato filosófico de los métodos interpretativos” (1940); “La causa y la comprensión en el derecho” (1969); y por supuesto, “¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?” (1948).

Como material de consulta previo hube de apoyarme en estudios de Kant (*Crítica de la razón pura*); Marx (*La ideología alemana* y *Manuscritos económicos y filosóficos*); Martin Heidegger (*Ser y tiempo*) y Dilthey (*Crítica de la razón histórica*).

III. EL MÉTODO EN KELSEN

Cuando comencé a ahondar en la vida del vienés y a buscar los ascendentes o las influencias contemporáneas que podrían haber influido en él, quedé sorprendido. No encontré francamente nada ni a nadie. De los personajes más importantes que lo rodearon se encontraba Jellinek, en quien Kelsen no encontró mucho apoyo para su teoría; Max Weber, con quien no tuvo contacto hasta haber fraguado su pensamiento (para lamentación del propio Kelsen); Sigmund Freud, el cual no le aportaba mucho a su método.

Lo rodeaba un rancio ambiente neokantiano de la Escuela de Marburgo y el frenético positivismo científico. Es todo. Mayor fue mi sorpresa al saber que Kelsen estuvo más interesado desde joven en la filosofía y la literatura que en el propio derecho y que una de sus lecturas tempranas y preferidas era nada menos que Schopenhauer. Quedé francamente sorprendido. Pero mucho más al examinar a conciencia sus trabajos.

Machaquemos algunos mitos.

Cuando se habla de Kelsen como un normativista, se expresa el término con una carga peyorativa, como si se le acusase entre líneas de facilista y simplista. Nada más lejos. Estudiando a Kelsen en su contexto, encuentro profundamente injustas la mayoría de los calificativos y las críticas al mismo. Restringir a Kelsen a un reduccionismo es una forma limitada de abordarlo. Su obra está lejos de ser simple, sus conocimientos lejos de ser escuetos. Kelsen no solo se dedicó a estudiar normas, sino doctrina jurídica contemporánea y clásica, pero no solo eso, sino economía, sociología, metodología, física, psicología, filosofía y literatura. Sus obras son de un nivel de detalle y rigor solo imaginable en un germano.

Kelsen desarrolla su método partiendo del método empírico-positivo y siguiendo la lógica de ascendencia kantiana. No es el primero en trabajar el método positivo, pero sí es uno de los primeros en estructurarlo a un punto que marcó la historia. Kelsen es uno de los principales motores lógicos de lo que posteriormente fue el Círculo de Viena y del desarrollo de la concepción de la filosofía del positivismo lógico.

Kelsen encontró la necesidad de armar un sistema teórico suficientemente lógico sobre el derecho. De acuerdo con los paradigmas de su época, pretendía aplicar un conocimiento observacional de fenómenos reales, positivos. Más, esto se le hacía difícilísimo. Ciertamente antes de Kelsen existe

una confusión inmensa en los estudios jurídicos. Todos estaban de acuerdo en que el derecho era un producto de múltiples interacciones y correlatos de ciencias, pero a fin de cuentas el currículum de la carrera de derecho era un amasijo de posiciones y enunciados que o bien chocaban unos con otros o bien no aportaban nada a la práctica del jurista. Kelsen denuncia cómo se pierde un componente fundamental del jurista y es su capacidad de operatividad técnica del derecho.

Kelsen se propone así una tarea con la cual cambió el mundo del derecho para siempre, se propuso dotar al derecho de una instrumentalidad científica, comenzando por definir para la ciencia del derecho un objeto suficientemente preciso, conciso y positivo: lo encontró en el *sollen* de la norma. Cuando Kelsen dice que el derecho es norma y solo norma, se refiere así a que el estudio del derecho debe estar centrado en la norma.

Siendo así, la tarea de Kelsen fue purificar la ciencia del derecho de toda intromisión de otras ciencias en la definición y articulación de su objeto de estudio. No nos llamemos a engaño, Kelsen era un defensor de la integración entre las ciencias, no así de la confusión entre ciencias. Es así que Kelsen tiene una cruzada por lograr producir conceptos jurídicos que sean jurídicos y no sociológicos, estadísticos o económicos. Según su concepción, esto significaba que, si se producía un concepto sobre el derecho desde la observación de la aplicación de criterios sociológicos, o económicos, no tendríamos conceptos jurídicos, sino observaciones de sociología jurídica o economía aplicada al derecho, pero no derecho.

La atalaya que levanta contra las intromisiones de otras ciencias sobre el objeto de la jurisprudencia es así la diferencia entre deber ser y ser: “La contraposición que los separa [deber ser y ser] tiene un carácter lógico formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de la lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo” ⁽¹⁾.

Sein y *sollen* son conceptos últimos no comunicables entre sí y que de por sí son conceptos últimos: “El deber ser, es al igual que el ser, una categoría última, que no es posible derivar, por tanto, de otra superior” ⁽²⁾.

Con esta premisa, Kelsen hace centrar el objeto de estudio del derecho en la norma jurídica y el mandato ideal contenido en esta. Ello implica en cada caso, cada norma y la relación de unas con otras. Además, implica una nueva metodología, basada en la forma para la extracción de conceptos jurídicos: “si reconocemos que la jurisprudencia viene llamada a captar la forma, pero solamente la forma de los fenómenos jurídicos, solo podemos

(1) KELSEN, H., Problemas Capitales de la Teoría del Estado, México, Porrúa, S.A., 1923, p. 8.

(2) *ibíd.*, ps. 59-60.

incluir en los conceptos jurídicos, consecuentemente, los elementos formales de ellos”⁽³⁾.

Con esto una vez más llamo la atención acerca de que Kelsen no pretende reducir el fenómeno jurídico a la norma, o, dicho de otra forma, él no piensa que el derecho sea solo formalidad y norma, pero para el jurista, para el jurisprudente, es preciso pensar y centrarse solo en la formalidad de la norma para lograr conceptos, primero, concretos, y segundo, aplicables:

“El método de la jurisprudencia (...) arranca de la premisa de que la ciencia del derecho solo tiene que tomar en consideración la forma de un fenómeno, dejando que la sociología y las disciplinas histórico-políticas se ocupen de su contenido; de un fenómeno que, en su totalidad, puede ser calificado de ‘Derecho’, siempre y cuando que no perdamos de vista que la ciencia del Derecho con sus métodos específicos de conocimiento, solo le es dable enfocar uno de los lados del fenómeno jurídico”⁽⁴⁾.

Por la naturaleza del método “puro” de Kelsen, resulta muy difícil rechazar de plano en el campo de la jurisprudencia sus planteamientos. En tanto que el deber ser y la norma son premisas para identificar objeto, cada objeto se analiza y se valora según sus propias características formales. Ello hace que el estudio y dominio de la obra de Kelsen sea muy difícil y requiera mucho tiempo. Sería una gran ingenuidad e injusticia pretender que superamos a Kelsen solo con criticar su concepción pura del derecho. Para rechazar a Kelsen realmente habría que rechazar cada uno de sus postulados en cada una de sus obras (eso, adelanto, es mucho).

Hay que hacer algunas precisiones más sobre Kelsen y el método, en específico sobre un problema terminológico que todavía suele arrastrarse. Con el método de la teoría pura se comete un gran error de discernimiento cuando se piensa en el “derecho”. Especialmente en el mundo latino-hispano lidiamos con la confusión de derecho y ciencia del derecho. Más preferible sería referirnos a jurisprudencia y derecho, pues como debe quedar claro, Kelsen se encamina a la ciencia y no al derecho como macrofenómeno. Él mismo explica: “Una cosa es el ‘derecho’ y otra muy distinta la jurisprudencia; ésta crea solamente conceptos jurídicos; aquel el orden jurídico (...) la jurisprudencia no es el derecho creador y regulador, como la geometría no es el arte de la formación de los cuerpos”⁽⁵⁾.

Kelsen tiene un profundo compromiso con la ciencia y aspira a hacer del jurisprudente, del estudioso del derecho y posteriormente del aplicador, un científico. Su pureza habla de la pureza de la ciencia y del aislamiento de

(3) *id.*, p. 78.

(4) *id.*

(5) *id.*, p. 79.

toda contaminación; su pureza es la pureza del método cartesiano, el espíritu de la buena ciencia.

Para él los problemas sociales que siguen a la aplicación de la ley no son una cuestión que compete al jurista resolver, sino al legislador, y, por ende, son campos del hombre político, el hombre jurídico debe ser obediente, sistemático, no libérrimo o pasional.

Como conclusión provisional debo decir que Kelsen no se equivoca en lo que compete a la formación jurisprudencial y a la necesidad de la purificación del derecho. No nos llamemos a engaño, el hecho de que Kelsen sea el jurista más combatido y controversial del siglo XX, y todavía del XXI, habla de la relevancia de su aporte: cuando se combate con Kelsen se combate sobre terreno firme.

IV. EL MÉTODO EN COSSIO

Cossio es un personaje impresionante en cuanto a su dominio de la jurisprudencia y la formación filosófica autodidacta. En este sentido, si de Kelsen puede decirse que es un genio del derecho, de Cossio que era un filósofo de la jurisprudencia.

En Cossio sí son constatables las influencias de pensadores y corrientes centrales de la filosofía, pero de ascendencias tan diversas que resulta fantástico pensar en las coherencias logradas en los análisis y su desarrollo de la teoría egológica. Entre sus influencias más marcadas se encuentran Carlos Marx, Martin Heidegger, Edmund Husserl y el propio Kant, y otros.

Todos resultaron medulares en su pensar y en su posterior posicionamiento sobre los problemas fundamentales de la jurisprudencia; no obstante, es rastreable en su formación de la teoría egológica la influencia de la obra *Ser y tiempo*, del filósofo alemán Martin Heidegger.

A diferencia y contraposición a Kelsen, Cossio no pretende desarrollar un método circunscrito al derecho; por el contrario, pretende aplicar un principio metodológico más general a los planteamientos jurídicos. Para él, el jurista separado del pensamiento filosófico es más que un defecto, una degradación del jurisprudente.

Cossio y Kelsen coinciden en pensar hacer de la ciencia del derecho una herramienta, pero tienen objetivos diferentes. Cuando Kelsen quiere formar científicos objetivos, Cossio quiere formar sujetos jurídicamente críticos.

A diferencia de Kelsen, a Cossio le es importante aportar al jurista un elemento de distanciamiento del objeto del conocimiento que está trabajando, y más que esto, aportar una capacidad crítica, en el sentido kantiano.

Uno de los principales fundamentos filosófico-metodológicos que están en su pensamiento proviene de la corriente fenomenológica. La tradición neokantiana mantuvo una división entre el sujeto y el objeto del conocimiento, una separación por demás cartesiana. Aquí el sujeto conoce al objeto, pero ambos existen con independencia del otro. Esta escisión en el plano del positivismo hace que el sujeto del conocimiento se encuentre en una especie de disposición o dependencia del dictado del objeto.

Con la fenomenología, Husserl disuelve esta concepción de sujeto y objeto —de hecho, no hay sujeto—: el fenómeno y sus cualificaciones es todo lo que “hay” y todo lo que acontece y es en el acto de la percepción. No hay separación entre conocimiento y objeto de conocimiento, pues el ente es siempre (intuido) en un proceso de conocimiento.

Con esto se dan las bases para una crítica inmanente al método positivista, pero es Heidegger quien le pone la tapa al pomo. En tanto, retoma sobre la base de la fenomenología, la pregunta por el ser desde un enfoque existencial. Es así que los entes son en un proceso de relación con ser-ahí, o sea, con la existencia humana misma.

Así, tanto en Husserl como en su discípulo Heidegger encontramos una crítica al concepto de verdad como *adecuatio* y un paso al concepto de verdad como esencia misma. Esto conlleva intrínsecamente a un cuestionamiento al papel de la ciencia y el conocimiento en la sociedad.

En primer lugar, se rompe la posibilidad de una “pureza científica” sobre la base de un concepto de verdad como representación, y en segundo, sobre la posibilidad de aislamiento del sujeto de conocimiento del objeto que conoce.

Aplicado al derecho, sería tan absurdo como pedirle al abogado que aplique una norma mecánicamente y no interpretativamente. O bien, simplemente pretender pedirle a un ser humano que no sienta. Cossio busca unir filosofía con derecho.

Este re-unir implica lograr de la jurisprudencia una ciencia humana, o sea, formar juristas más humanos. He aquí que, visto en contexto, las preocupaciones en torno a la teoría pura del derecho están formuladas teóricamente, pero responden a la preocupación de que una teoría jurídica fría entraña una apología del poder desde una óptica científica.

Esta idea de la buena ciencia, de la confianza postiluminista en el descubrimiento y del conocimiento como salvación, y del científico como sacerdote sacrosanto del saber se fue a bolina en pleno siglo XX. El metarrelato sobre la bondad de la científicidad voló en mil pedazos junto con las bombas detonadas en Hiroshima y Nagasaki. En nombre del nazismo y la

democracia se había llegado a crear mecanismos racionalizados de asesinato en masa: campos de concentración y bombas atómicas.

Al científico irresponsable socialmente con su obra y al jurista frívolo frente al hombre ataca conscientemente Carlos Cossio; necesariamente, su principal adversario lo encarna la teoría pura del derecho, cuyas bases reposan sobre concepciones lógicas del siglo XIX; y para esto eleva la teoría egológica del derecho como directriz de su pensamiento iusfilosófico.

Ahora bien, ¿es la filosofía del derecho una herramienta teórica idónea para abordar el derecho?

V. EL NÚCLEO DE LA POLÉMICA

El término de “filosofía del derecho”, en sí mismo, tiene un toque químico —cual si dijésemos izquierdismo de derecha o cristianismo ateo—. El filósofo es, por excelencia, una figura de subversión y de crítica a la sociedad, mientras que el jurista es una institución de protección del sistema. Uno es el principio del cambio y el otro el de la conservación. Nada más preguntemos a Marx, quien cambió sus estudios de derecho por los de filosofía. ¿Cómo hacer entonces?

Cossio, como filósofo, estaba bien consciente de esta sencilla y profunda problemática. Cuando examinamos la teoría egológica, veremos que su principal ataque a las posturas positivistas kelsenianas está en querer reducir la ciencia del derecho a análisis normativo. Mas su crítica no implica destruir la noción positiva del derecho, sino completarla, reorientarla. Kelsen se propuso purificar la jurisprudencia de la inmisión de otras ciencias; Cossio se propuso emancipar al jurisprudente de la intromisión del poder estatal.

Esto suponía que el derecho debía entenderse en un sentido más amplio que un mero dispositivo de imputación. En la visión kelseniana, Estado y derecho son una unidad categorial, cuya proyección objetiva es la norma. El derecho es así, desde un enfoque fundamental y genesiáico, una expresión del poder; existe por y a través de un sistema de órganos jerarquizados que la dotan de validez, y es en estos mismos predios donde han de concentrarse los jurisprudentes.

Pero Cossio no puede aceptar estos términos, tan peligrosamente comprometidos con la lógica del poder y las ideologías; tan necesariamente apoloéticos al orden burgués. Propone una nueva comprensión del derecho, más cercana a lo que llamamos realismo jurídico. Haciendo una jugada intelectual magistral, asume la norma como categoría capital, pero al mismo tiempo la rescata de los predios del Estado.

Vemos que para Cossio el derecho es conducta —humana— en interferencia intersubjetiva. Desde este ángulo, la prioridad de la jurisprudencia como ciencia no se encuentra en ser consecuentes las normas entre ellas, sino en la solución y viabilización de las interferencias intersubjetivas.

En lugar de la norma por la norma, la jurisprudencia deberá encarar la conducta interpretándola a través de la norma. La terminología empleada en ambos lados del debate hace parecer que el problema es de una abstracción inmensa: al contrario, la *quaestio facti* es muy concreta.

La pregunta por si el derecho es norma o conducta puede traducirse en otra pregunta: ¿a quién se debe el jurista: al Estado o al hombre? La posición kelseniana hace del jurista un operario de la ley, técnico, efectivo y obediente, pasivo ante la ley misma. En oposición, la egología plantea la necesidad de hacer del jurista un operario crítico y activo de la ley.

Cossio nunca desdeñó los aportes del método puro; al contrario, dotó al jurista de una base teórica suficientemente concreta, pero lo dejó sin hacer nada con ella. A fin de cuentas, el diferendo Kelsen-Cossio radica en prototipos de juristas diferentes. Uno es un defensor de los hechos, del poder y del *statu quo*; mientras que el otro es un defensor de la posibilidad, de la transformación consciente, de la mejora revolucionaria de los sistemas y las concepciones jurídicas. Aunque las implicaciones iusfilosóficas de uno y otro sean estas, nunca llegaron a expresarse directamente en estos términos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Mientras que Kelsen defendió un modelo institucional de derecho y, por ende, una enseñanza universitaria basada en una instrumentalidad superior, Cossio abogó por una concepción de universitario revolucionario. Estaban en controversia dos visiones diferentísimas de intelectual y de ciencia.

¿Quién se equivocó? ¿Quién tenía la razón? Para bien o para mal, ambos son acertados.

A mi juicio, los objetivos y los métodos de cada uno de los pensadores son tan efectivos como distantes. Se enfocaban en problemas fundamentales distintos; tan distintos que prefiero el término “diferendo” al de “debate” para referirme a las pugnas teóricas entre la teoría pura y la egológica. Objetivos y métodos tan distintos como la diferencia entre filosofía continental y analítica.

Quizás antes de tomar postura por uno u otro pensador, incluso antes de determinarnos a un método, cabría una pregunta fundamental, que está implícita a lo largo del diferendo Kelsen-Cossio: ¿qué tipo de juristas es preciso formar: obedientes o críticos?

LA IMPRONTA DE HANS KELSEN EN EL ABORDAJE JURÍDICO DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS

Por Sonia Zaldívar Marrón (*) y Milene Hernández Traba (**)

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Hans Kelsen es considerado por muchos el mayor exponente del pensamiento jurídico del siglo XX, su aporte más significativo es la reconcepción ontológica del derecho. La asunción de un criterio lógico formal para explicar los límites del derecho supuso un viraje de ciento ochenta grados sin precedentes para el mundo jurídico de las primeras décadas del siglo. Su teoría pura del derecho “representa la reacción del mundo jurídico contra la anarquía teórica y la mala conciencia científica del jurista, en el momento en que la visión sociologista de la ciencia del derecho había logrado brillantes conquistas” (1).

La concepción kelseniana del derecho cala en su esencia epistemológica, abordándolo con un enfoque simplificador. Kelsen propone una disección del fenómeno normativo, que libera al jurista de sociologismos exacerbados. El autor encontró en la teoría pura su hábitat teórico particular, que iniciaría un camino metodológico orientado a la pureza de la ciencia jurídica.

Reine Rechtslehre constituye la obra trascendental del pensamiento kelseniano en torno al cual se catapulta el jurista austriaco. Hans Kelsen era principalmente conocido como experto teórico del derecho, orientó sus esfuerzos fundamentales hacia el entendimiento ontológico de este. Aparecen, sin embargo, otros asuntos relevantes cultivados por el pensador. Como parte de su legado, se encuentran aportes en materia de derecho in-

(*) Profesora de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(**) Asesora jurídica del Ministerio del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera de la República de Cuba; profesora de Teoría del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

(1) MACHADO NETO, A. L., “La lógica deóntica en Kelsen y Cossio”, revista Cuyo, vol. 5, Primera Época, 1969, p. 35.

ternacional, derecho constitucional, derechos subjetivos y teoría política. En tal sentido, es interesante analizar su pensamiento como referente teórico de las concepciones que aúnan estas variables, que gravitan todas en torno a la participación como fenómeno jurídico y político.

Los ejes temáticos fundamentales del presente estudio serán la concepción kelseniana sobre los derechos subjetivos y la democracia, para analizar en último lugar cómo estos dos elementos del pensamiento kelseniano inciden sobre la participación política, así como su valoración como derecho humano.

II. APUNTES SOBRE EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO DE HANS KELSEN

Pensar en la influencia kelseniana en la concepción del derecho durante el siglo XX y el indiscutible valor de su obra en la búsqueda de un análisis anatómico y depurado del derecho, implica la asunción de su trascendencia en el pensamiento de la época; no solo respecto de sus postulados en la teoría del derecho y del Estado, sino en las áreas del saber, especialmente jurídico.

La premisa de origen defendida en la obra de Kelsen es la separación de la ciencia jurídica respecto de la historia, la filosofía y la política, como un mecanismo para describir el fenómeno jurídico en su esencia. Resulta paradójica, por tanto, su preocupación académica por la relación entre el Estado y los individuos, dada que esta es, sin lugar a dudas, una dinámica de naturaleza política, que se ve matizada por todos esos elementos sociológicos que, a los ojos de Kelsen, desnaturalizan la pureza de la ciencia del derecho. No obstante, se vislumbra una posible respuesta, a partir del análisis de la situación que caracterizaba la Europa de principios de siglo en que se encontraba Kelsen.

Los flagelos del conflicto mundial determinaron la búsqueda de soluciones a un susceptible resurgir de un nuevo enfrentamiento bélico, especialmente en Europa. La concepción de un orden democrático en pos de una coexistencia pacífica entre las naciones constituyó la brújula teórica en la búsqueda del mantenimiento de la paz en el escenario mundial. Entre 1918 y 1920, la democracia, los derechos y la representación tenían para Kelsen una importancia y una corporeidad que se extendían mucho más allá del mundo teórico y académico del cual provenían ⁽²⁾.

(2) LAGI, S., "Las ideas. Su política y su historia: Libertad Hans Kelsen: pensador político", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, nro. 25, primer semestre, 2011, p. 7.

Ineludiblemente, el estudio de las relaciones de poder y el ejercicio de la democracia requieren una apoyatura en la ciencia del derecho. Este hecho refuerza la idea de bilateralidad en la relación política-derecho: existe una codependencia entre ambos como factores sociales de orden estructural. Lo jurídico brinda las herramientas procedimentales y sustantivas que materializan y viabilizan la participación.

A la norma fundamental, Kelsen otorgaría funciones en lo político y lo jurídico entonces. Y en este ámbito la recargaría como la cúspide de su famosa representación piramidal del derecho. Como consecuencia de esta visión, los atributos de validez, vigencia y legitimidad de las normas dependen de ellas y de su relación como elementos jerarquizados del sistema. Kelsen diría que es inadecuado caracterizar al derecho como la voluntad del legislador o del Estado, porque eso lo convertiría en un acto psíquico de voluntad ⁽³⁾.

Kelsen identifica como elementos del derecho únicamente a las normas ⁽⁴⁾, evitando su relación con otros componentes superestructurales y sociales, como la consagración de valores y conquistas de la clase, clases o sectores dominantes de la sociedad que hoy entendemos finalmente son expresados en derecho. Por tanto, aquel elemento sustantivo que integra la participación tiene que estar, necesariamente, contenido en una norma, que reconoce y legitima un derecho subjetivo.

II.1. La concepción kelseniana sobre los derechos subjetivos. El lugar de los derechos humanos

Para Kelsen, los derechos subjetivos y su exigibilidad solo pueden ser fruto de su consagración mediante un derecho objetivo. El autor, sin grandes artilugios hermenéuticos, sencillamente concluye que lo que no logre encontrarse en el contenido de las normas jurídicas positivas no puede formar parte de un concepto jurídico y como consecuencia, no es posible exigirlo como parte de un deber o una obligación derivada de una relación jurídica.

La teoría kelseniana sobre el concepto de derecho subjetivo es abordada por el autor en su libro *Teoría pura del derecho* y ampliada en su *Compendio de teoría general del Estado*. Este proceso de construcción acabó con la concepción de que el derecho subjetivo no es más que una derivación del ordenamiento jurídico positivo y por tanto es indistinguible del derecho

(3) KELSEN, H., *La Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 24.

(4) Los juristas tienden a considerar que dentro de la categoría más general de "norma" hay que distinguir entre reglas (las normas kelsenianas) y principios. Vid. ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

objetivo. Otra consecuencia de esa idea final es el entendimiento del derecho subjetivo como un poder de licitud, de acuerdo con el cual todo aquello que no está prohibido es parte de su contenido ⁽⁵⁾. Por tanto, la esencia del contenido mismo del derecho subjetivo es de naturaleza normativa, en una interpretación de la visión de Hans Kelsen.

Según la teoría de la voluntad, el autor entiende el derecho subjetivo como el poder de la voluntad otorgado por el orden jurídico, y en concreto, el poder consiste en la acción que se dirige al órgano para que aplique la sanción prevista en la norma. La norma queda a disposición del individuo y el derecho se convierte en su derecho ⁽⁶⁾. Con este punto de partida, Kelsen no discrimina entre los derechos en su concepción más amplia y la idea de derechos humanos. Para él, el derecho natural no es (ni puede ser) el fundamento lógico del derecho positivo. Esta es otra razón para sostener que su postura parece considerar a los derechos humanos como parte del derecho positivo. Varios de sus pronunciamientos en materia de derechos subjetivos evidencian esta negación.

Este conflicto es meridional en la comprensión del fenómeno jurídico, en tanto se expresan algunos de los más antiguos debates del pensamiento iusfilosófico. ¿Existe el derecho natural? ¿Son los derechos humanos derechos naturales? ¿Es exigible un derecho que no se encuentre previsto en norma jurídica? Es interesante que aun cuando en torno a muchas instituciones del derecho se impongan los postulados del credo positivista, cuando se pisa el terreno de los derechos humanos, el iusnaturalismo tiende a recobrar un rol central ⁽⁷⁾.

El requisito *sine qua non* para la protección de los derechos humanos se identifica con la condición de persona, reconociéndose con cada vez más frecuencia la preexistencia de estos derechos a su regulación expresa en norma jurídica.

Sin embargo, el pensamiento positivista de Kelsen no logra desprender, por su propia esencia, los derechos de las reglas positivas. De manera que tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial ⁽⁸⁾.

Para Fernández Bulté, “[s]i bien los derechos subjetivos se sustancian y cobran realidad solo cuando están plasmados en el derecho positivo y se materializan en las relaciones jurídicas, de ello no se puede derivar resigna-

(5) ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í., “Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen”, Boletín de la Facultad de Derecho, 2001, p. 28.

(6) *ibíd.*, p. 55.

(7) GONZÁLEZ MONZÓN, A., *Naturalismo y positivismo en el derecho. Fundamentos y trascendencia a los debates jurídicos contemporáneos*, Bogotá, Leyer, 2016, ps. 246-255.

(8) KELSEN, H., “La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico”, en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1995, p. 121.

damente, [que] habría que entender que como regulación jurídica positiva esa es la única que puede ser de referencia para entender el catálogo de los derechos subjetivos. Afirmo que [en] el siglo XXI, vencidos trechos muy largos y dolorosos del proceso civilizatorio, (...) tenemos derecho a decir que (...) los hombres hemos consagrado ya determinados derechos subjetivos y los alegamos como derechos inmanentes a la naturaleza humana”⁽⁹⁾.

Podemos establecer que una de las teorías centrales en esta cuestión ha sostenido que los instrumentos internacionales reguladores pertenecen a una corriente iusnaturalista, porque se ha entendido que ellos integran lo que se ha denominado en la doctrina anglosajona “derechos morales”, que existen más allá (y antes) de su consagración normativa. Por ende, desde esta óptica, los derechos humanos son una expresión de la moral que sirve de justificación última al derecho. Sin embargo, Hans Kelsen propuso una teoría del derecho ajena a la ideología. El dilema fundamental radica, en el caso particular de los derechos humanos, en imaginar el reconocimiento y la consagración de ellos sin sopesar en la ideología, en los valores individuales y colectivos como referente obligatorio para su análisis.

Kelsen resuelve este dualismo, sosteniendo que existía una confusión entre la persona humana y el concepto de persona del derecho positivo. La persona (para el derecho) es simplemente un ente de imputación normativa, que puede (o no) condecirse con la idea de persona humana. En pocas palabras, para Kelsen es equiparable el concepto de persona con el de sujeto de derecho. De tal suerte, la categoría derechos alude a posiciones jurídicas que ciertos sujetos adquieren en virtud de ciertas normas. Un derecho es una posición normativa que un sujeto puede oponer a otros, y a la cual corresponden otras posiciones normativas⁽¹⁰⁾.

Las interrogantes entonces quedan planteadas: ¿Quiénes tienen derechos? ¿Tienen derechos humanos las personas o los sujetos de derecho? ¿Es la participación política un derecho humano o un privilegio de los sujetos de derecho? ¿Puede hablarse de democracia en un contexto en que no todos tienen derecho a participar?

II.2. *¿Kelsen democrático?*

La publicación de *Sobre la esencia y el valor de la democracia* y sus interpretaciones restituyen la imagen de un Kelsen como pensador del derecho público, en especial de la filosofía política. Amén de la inapropiada adjetiva-

(9) FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Teoría general del Estado y el derecho. Teoría del derecho, Segunda Parte, La Habana, Félix Varela, 2004, p. 147.

(10) PUPPO, A., “De Kelsen a la contradicción de tesis 293/2011: los conflictos normativos entre jerarquías formales y decisionismo”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, nro. 147, septiembre-diciembre 2016, p. 192.

ción, no es menester reconocer, como lo hace Christian van Ooyen, que “la separación estricta del derecho y la política, la crítica a la doctrina del derecho natural y la concepción del Estado como un orden jurídico, le habrían permitido a Kelsen reconsiderar la importancia del pueblo, de los partidos políticos y la dinámica democrática, en contraste con el positivismo jurídico del siglo XIX que consideraba al Estado como una ‘persona’ que exclusivamente portaba los derechos y era el ‘creador de las leyes’”⁽¹¹⁾.

Si se piensa en la influencia kelseniana en la concepción del derecho, es indiscutible el valor de su obra y la trascendencia en el pensamiento de la época. No obstante, sus ideas acerca de la democracia demuestran la influencia del autor en otras áreas del saber. Pero, ¿por qué decidió dedicarse a la teoría de la democracia un teórico que rigurosamente defendió la separación de la esfera jurídica respecto de la historia, la filosofía y la política, y se limitó a explicar qué se entiende por valor de la democracia?

El trasfondo de inicios del siglo XX en Europa y el emerger de un nuevo orden democrático, garante de la paz y los derechos, impacta en Austria, país que se alza con un nuevo tipo de Estado.

Dicha transformación republicana incide en la figura de Hans Kelsen. Su papel como redactor del proyecto de la primera Constitución austriaca lo exime de la condición de simple espectador y le otorga un rol activo en la conformación del poder constituido resultante de un decurso hacia la contemporaneidad.

El ensayo puede considerarse un intento por pensar la democracia en términos teóricos, con la confianza de que fue alguien como Kelsen quien había visto establecer instituciones democráticas y republicanas, que podían, al parecer, resistir la prueba del tiempo⁽¹²⁾. No obstante, el olvido del Kelsen democrático no se debe a que sus ideas hayan parecido equivocadas, o peor aún, irrelevantes, sino que, al contrario, se han percibido como obvias y compatibles, al menos hasta tiempos recientes⁽¹³⁾.

Asimismo, es justo reconocer, tal como lo hace Torres Muro, que “[p]ara los que creen que la democracia es la mejor manera de organizar la convivencia en una sociedad política, los trabajos clásicos, como el de Kelsen, continúan siendo una buena fuente de inspiración, en tanto en cuanto formulan con sencillez y claridad unas pautas científicas que permiten identi-

(11) Op. cit. pos LAGI, S., “Las ideas. Su política y su historia (...)”, op. cit., p. 5.

(12) LAGI, S., *Pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920) los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, 2008, p. 7.

(13) PINTORE, A., “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 23, 2000, p. 119.

ficar a aquellos entramados institucionales que verdaderamente responden al ideal democrático ⁽¹⁴⁾.

Kelsen estudió al Estado constitucional y a la democracia política por separado y, en un cierto sentido, de forma independiente. De hecho, “mientras la teoría general del derecho kelseniana es netamente descriptiva y pretende valer para cualquier ordenamiento; la teoría de la democracia resulta ser prescriptiva y sumamente exigente” ⁽¹⁵⁾.

La tesis kelseniana no se constriñe a una descripción o modelación de la democracia en aras de encontrar su esencia real. Según Robles Vázquez, “en Kelsen subyace una posición relativista axiológica que es fundamental en la democracia, ya que en las sociedades modernas existe; una infinidad de posiciones, concepciones del mundo y del individuo, por lo que partiendo de esta diversidad la democracia existe para encontrar consensos Kelsen busca el sustento filosófico y axiológico de la democracia en el relativismo filosófico, para así encuadrar en las diferentes posturas y opiniones existentes en una sociedad tan compleja como las actuales” ⁽¹⁶⁾.

Kelsen califica la democracia como un método político de su marcado carácter procedimental y afirma que “como método o procedimiento, la democracia es una forma de gobierno” ⁽¹⁷⁾. Imbuido en la tendencia de la época, en las ideas iusfilosóficas predominantes, Kelsen sostiene que como sistema político estaba caracterizada por la participación indirecta de los ciudadanos en las decisiones políticas, un sistema de representación en el cual se daba la inevitable separación entre gobernante y los gobernados, así como la garantía de los derechos fundamentales ⁽¹⁸⁾.

Sin desconocer la democracia rousseauiana, la funda en la voluntad soberana del pueblo, entendida como la voluntad general, homogénea, donde esta, para ser real, no permitía fracturas entre la mayoría y la minoría. Defiende por tesis que la democracia como un ideal se desnaturaliza al concretarse en los márgenes de un específico régimen político; por lo que para Kelsen hay dos tipos de democracia: la democracia ideal (directa) y la democracia real (indirecta) ⁽¹⁹⁾.

El pensamiento kelseniano enfocó sus críticas en este aspecto puntual de la teoría de Rousseau, sosteniendo que en el momento en el cual la demo-

(14) TORRES MURO, I., “Kelsen y la teoría de la democracia”, *Historia Constitucional*, n. 8, 2007, p. 343.

(15) SALAZAR UGARTE, P., “Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen”, *Isonomía*, nro. 28, abril 2008, p. 191.

(16) ROBLES VÁZQUEZ, R., “Hans Kelsen, su concepto de democracia y la Constitución de Austria de 1920”, *Revista UNAM*, vol. 53, 2003, p. 113.

(17) PINTORE, A., “Democracia sin derechos (...)”, *op. cit.*, p. 127.

(18) KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, S.A., 1934, ps. 25 y 26.

(19) *ibíd.*, p. 30.

cracia deja de ser un ideal y se convierte en un sistema, la dicotomía (dentro de la comunidad política) entre la mayoría y la minoría probaría ser inevitable en sí misma, debido a la imposibilidad de alcanzar decisiones unánimes ⁽²⁰⁾.

La noción central del pensamiento de Kelsen en torno a la democracia descansa en la idea de la libertad. Así, la democracia para que sea real tiene en la libertad su valor y su esencia. Si bien una concepción de libertad requiere una voluntad sin sujeciones a otros, Kelsen asumió que la dimensión individual de la libertad condiciona su dimensión social o política, siendo políticamente libre quien, estando sometido, lo está a su propia voluntad. La democracia aparece para él con todas sus formalidades y valores neutros, como un entramado para conseguir la mayor libertad posible para el individuo.

Políticamente es libre el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa, donde coincide lo que quiere hacer con lo que debe hacer en su orden social ⁽²¹⁾. No obstante, esa voluntad política requiere el concurso de voluntades, donde la agregación de las mismas materializa la adopción de decisiones mediante una cuantificación sobre la base del criterio de la mayoría.

Si la libertad consiste solo en “autodeterminación política” —es decir, en la concurrencia de voluntades entre quienes mandan y quienes obedecen—, entonces solo sería libre quien perteneciera a la mayoría. De ahí que existirá libertad democrática si se pertenece a esa mayoría. La democracia real significaría la ventaja de los más fuertes en detrimento de los más débiles. Para Kelsen, la regla de mayoría no es un simple instrumento técnico: “es una síntesis de las ideas de libertad y de igualdad” ⁽²²⁾.

En la democracia real, concluye Kelsen, es inalcanzable una correspondencia perfecta entre la voluntad de los gobernantes y la voluntad de los gobernados, pero el margen entre los dos sí puede ser reducido (garantizando entonces una mayor aproximación a la idea original de democracia) por medio de la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado o por un sistema de representación proporcional ⁽²³⁾, a través de un sistema partidista. Eran los partidos los que prácticamente formaban la “voluntad general” y es la pluralidad de los partidos la que garantiza que esta voluntad sea el resultado de un compromiso en lugar de la imposición de “los intereses de un grupo en particular” ⁽²⁴⁾.

(20) *id.*, ps. 19 y 20.

(21) ROBLES VÁZQUEZ, R., “Hans Kelsen, su concepto de democracia (...)”, *op. cit.*, p. 118.

(22) BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 259.

(23) KELSEN, H., *Esencia y valor (...)*, *op. cit.*, ps. 35-36.

(24) *ibid.*, ps. 130-133.

En la superación de una noción individualista de libertad se encuentra la puerta de salida: la libertad como autodeterminación individual solo podrá superarse por una noción colectiva, mediante la idea de un sistema proporcional como garantía de la participación de todos los individuos en la conformación del Estado. Kelsen correlacionó la representación proporcional con la cuestión (filosófica) de acortar las distancias entre la voluntad del Estado y la voluntad de los ciudadanos para alcanzar el ideal democrático tanto como fuera posible.

De igual forma, la superación de una voluntad heterogénea, determinada en última instancia por criterios mayoritarios, requerirá de garantías: la protección de las minorías mediante un sistema de derechos fundamentales reforzado por mecanismos de defensa constitucional y un sistema de partidos donde las leyes fueran el resultado del compromiso entre partidos, en lugar que la imposición de la mayoritaria.

En resumen, “la libertad es el valor de la democracia, es el ‘parámetro’ que distingue la democracia de la autocracia. Pero la libertad civil y política para no ser más que palabras vacías, presuponen un rango de derechos tangible y amplio, instituciones de control y, no menos importante, una mentalidad abierta y relativista, tolerante y respetuosa de las opiniones de otros” ⁽²⁵⁾.

Es indirecta, representativa, fundada en la dialéctica parlamentaria entre mayoría y minoría, en la distinción entre gobernantes y gobernados, y en los partidos políticos. Así, Kelsen correlacionó la democracia con el Estado de derecho o con una forma de organización política basada en la división de poderes, en la legalidad y en el control.

Se colige que el razonamiento lógico del pensador austriaco no renuncia a un modelo de democracia cuyo centro es la representación; legítima, de esta forma, el modelo constitucional que Europa consagra y defiende aquel que Austria constitucionaliza, en tanto apoya su pensamiento en una noción axiológica acomodable a sus fines. La democracia ad intra, la conformación libre de la voluntad es el centro de su análisis y, a partir de ella, los elementos que integran las democracias modernas. Kelsen no se divorcia de las vertientes del pensamiento de la época, es un autor de su tiempo ⁽²⁶⁾.

(25) *íd.*, ps. 146-148.

(26) De tal suerte, abogar en favor de la representación proporcional en 1920, era todo menos una conclusión previsible: la historia del Imperio Austriaco estaba caracterizada hasta 1907 —año en el cual el sufragio universal fue introducido— por un mecanismo electoral altamente discriminatorio, el así llamado Kuriensystem: un sistema bajo el cual la población estaba subdividida en cinco “curias”, o clases electorales, que enviaban al parlamento un número establecido de delegados “proporcionales” a los impuestos pagados por el respectivo Estado. Vid. LAGI, S., “Las ideas. Su política y su historia (...)”, *op. cit.*, p. 10.

III. INCIDENCIA DEL PENSAMIENTO DE KELSEN EN LAS CONCEPCIONES ACTUALES SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO HUMANO

La participación es un fenómeno polisémico, que ha sido tratado como un elemento definitorio, de evaluación y modulación de la democracia en sí misma. Sin embargo, su incidencia más profunda ha sido la configuración de su ejercicio como un derecho. La dinámica participativa inserta a los ciudadanos, de manera voluntaria y consciente, en diferentes roles en los procesos que les afectan, directa o indirectamente.

La participación ha acompañado, en mayor o menor medida, las diferentes formaciones estatales que a lo largo de la historia han ordenado los grupos sociales. Al igual que la democracia, la participación política se ha visto condicionada por los procesos históricos y la evolución de las concepciones políticas. Su origen se asocia a la res pública romana, donde fueron articulados un conjunto de mecanismos dirigidos a garantizar lo que sería el contenido fundamental del concepto democracia: la participación. Evolucionó de ser una forma de intervención directa del pueblo en el gobierno en la Antigüedad, a un derecho político consagrado en constituciones y declaraciones de derecho durante la eclosión de las revoluciones burguesas y el ascenso del liberalismo.

Democracia y participación son conceptos que presentan una relación dialéctica, manifestada más allá de las dificultades de su definición y en su efectiva realización práctica o en la multiplicidad de significación que los colma. Por tanto, existe una correspondencia directamente proporcional entre ambos fenómenos.

Así, sostiene González Quevedo: “La participación desde una dimensión política constituye por tanto el núcleo esencial de la democracia, entendida esta última, desde la naturaleza intrínseca de los procesos políticos, como un fenómeno dinámico, en constante desarrollo, cuya aspiración final tiene como epicentro la efectiva concreción de la soberanía popular”⁽²⁷⁾.

La concepción imperante durante el siglo XIX sobre este par agregó la representación como una variable imprescindible en el desarrollo conceptual del ejercicio del poder político. En esta etapa, también se revistió la participación como un derecho que implicaba la facultad del individuo de decidir, incidir o ser tenido en cuenta en la conformación del poder político. Esta idea se integra al pensamiento de Kelsen, para quien la democracia solo puede ver la luz como resultado de la representación política. Al respecto,

(27) GONZÁLEZ QUEVEDO, J., Bases jurídicas, desde la participación ciudadana, para el empoderamiento político. Estudio de los actuales modelos constitucionales de Venezuela, Bolivia y Ecuador, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2010, p. 15.

el austriaco se pronunciaría construyendo un ideario en que la titularidad de la representación sea fundamentalmente legal y ejercida mediante la Constitución ⁽²⁸⁾.

Para algunos, “Kelsen pasa por alto toda la problemática de la configuración de un orden social democrático y, en cuanto a la democracia, sus consideraciones se restringen al Estado como único centro de la vida política” ⁽²⁹⁾. Su postura respecto del relativismo de la democracia lo lleva a no asumir un criterio ontológico acerca de ella; antes bien recaba en la libertad el valor democrático fundamental y construye un análisis respecto de los elementos que informan lo democrático en las sociedades modernas. Se es democráticamente libre si se participa de la formación de las decisiones mediante la integración de la voluntad colectiva mayoritaria.

Otro análisis versado sobre las flaquezas del pensamiento del austriaco reza que “la teorización de Kelsen parece insuficiente, ya que no se valoran adecuadamente los problemas redistributivos, no solo como criterios de justicia, sino también como prerequisites o condiciones materiales del funcionamiento de una democracia formal basada en la participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones de gobierno y de la producción jurídica” ⁽³⁰⁾.

Sin embargo, sostenemos que, a pesar de opiniones contrarias, Kelsen abogó por un sistema de representación proporcional, que consolide la visibilidad de las minorías y garantice una compleja representación de ideas e intereses, toda vez que refuerza la necesidad de procurar alcanzar acuerdos y compromisos en la formación de la voluntad del Estado. El presupuesto del sistema proporcional es un catálogo de derechos fundamentales que se reconoce a todos los ciudadanos, cuya protección se ve reforzada por la posibilidad de control constitucional de las leyes.

Las ideas políticas de Kelsen necesariamente conducen a la concepción de la participación como un derecho individual que moldea, según se ejerza, la expresión última que asuma la democracia. Aun sin ser expresa, su noción de participación se hace evidente a partir de sus esbozos en torno a la democracia y la representación, puesto que entre representantes y representados no puede generarse un vínculo diferente a una relación jurídica que resulte en la exigencia para ambas partes de determinadas acciones. En otras palabras, el representado cede sus facultades como miembro de la comunidad política para ser ejercitadas por alguien más.

(28) KELSEN, H., “La doctrina del Derecho natural (...)”, op. cit., ps. 121-137.

(29) Vid. DE OTTO, I., en su “Nota preliminar” a H. KELSEN, *Esencia y valor (...)*, op. cit., 1977, p. IX.

(30) TORRES MURO, I., “Kelsen y la teoría (...)”, op. cit., p. 347.

Como resultado de un proceso inductivo, esto conduce inequívocamente a la reconstrucción de la esencia de un derecho de tipo participativo.

En la concepción de los derechos subjetivos como aquellos que tienen lugar en el marco de una relación jurídica cohabitan otras categorías relevantes que habilitan el disfrute de cualquier derecho. Las peculiaridades de cada vínculo dependen de los sujetos y las circunstancias que las normas prevean para tipificar una hipótesis. Como resultado, a la luz de los pensamientos de Hans Kelsen, los derechos de participación quedan configurados como derechos de origen legal, más allá de la relación material, en este caso de sustrato político que vincula a ambos polos de la relación. El origen del derecho difiere entonces, según este análisis, de la condición de persona, único requisito para ser titular de derechos humanos. Claro que, siguiendo el hilo de los postulados kelsenianos, esa personalidad tiene que ser ganada a través del reconocimiento legal.

Volviendo sobre las interrogantes formuladas, vale la pena esbozar determinadas deducciones. Para el iusfilósofo austriaco, el “ser” de la persona parece estar condicionado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, sus derechos van a depender únicamente de las previsiones normativas vigentes, evidenciándose una pugna con las teorías más difundidas en los últimos tiempos: “La personalidad no es mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el derecho no tiene más remedio que reconocer”⁽³¹⁾. En materia de derechos humanos, la “existencia de los derechos humanos es independiente a cualquier diseño institucional”⁽³²⁾ y, por tanto, “si los derechos humanos se reconocen por su contenido, no puede supeditarse ese reconocimiento a la fuente formal del que deriven”⁽³³⁾.

Ahora, el ejercicio de determinados derechos está signado por otros elementos, como antes vaticinábamos: un ejemplo de esta acotación radica en la capacidad como medida del disfrute de los derechos. Existen derechos para los que su disfrute solo depende de la concurrencia de la capacidad de derecho, la cual, en palabras de Díez-Picazo, “es un atributo o cualidad de ella (de la persona) reflejo de su dignidad”; y otros para los cuales su ejercicio obliga a cumplir requisitos adicionales impuestos por el legislador, que se corresponden con la capacidad de obrar, la cual aun cuando se resume plena, en determinados supuestos se ve constreñida.

En el caso particular de los derechos políticos, se reconoce efectivamente que su ejercicio está ligado a este otro requisito: la capacidad. En virtud de

(31) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de derecho civil, vol. I, Madrid, Tecnos, 2000, p. 223.

(32) Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Sentencia P/J.20/2014”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5 (10a).

(33) *ibid.*

este, todas las personas somos titulares de derechos participativos, sin embargo, no todos podemos integrar una relación jurídica cuyo origen se encuentre en la representación política. Esta es la situación de los declarados incapaces, los menores y privados de libertad, quienes quedan excluidos de la posibilidad de representar a otros o ejercitar el derecho al sufragio, por ejemplo. Este último ha sido reconocido como el instrumento más valioso de materialización de la democracia y la participación, postura suscrita por el propio Kelsen: "Parece claro que existe un deber correlativo, el deber de los órganos jurídicos de recibir y computar el voto del individuo, garantizado por ciertas sanciones" ⁽³⁴⁾.

A partir de estas observaciones, es casi obligatorio volver sobre los conceptos de derecho subjetivo y derecho humano para entender hasta qué punto los derechos políticos responden a la lógica actual que en materia de derechos humanos impera. Llama la atención que precisamente la posibilidad de integrarse los ciudadanos ordinarios en el ejercicio del poder fue la motivación esencial para que en el siglo XVIII se iniciasen las luchas por los derechos humanos, integrando los derechos políticos los conocidos derechos de primera generación.

"Derechos políticos es una categoría amplia, por cuanto identifica aquellas facultades de los individuos que les permiten participar directa e indirectamente en los asuntos políticos. Entre los derechos políticos históricamente reconocidos en los textos constitucionales, se encuentran los de asociación, reunión, manifestación, petición, sufragio y resistencia. Doctrinalmente, algunos son reconocidos como libertades políticas" ⁽³⁵⁾.

Debemos señalar que los derechos humanos son al fin y al cabo derechos subjetivos, reconocidos por tanto a la persona titular de dicho derecho, además, es palmario que los derechos políticos suponen la participación de los individuos en la función legislativa ⁽³⁶⁾, aunando estos presupuestos, es obligatorio reflexionar sobre el impacto para la participación en su expresión como derecho humano de las ideas de uno de los grandes pensadores del siglo XX.

Aquí debemos tener en cuenta el contexto, para hacer un análisis justo del proceso de creación de Kelsen y sus seguidores, hay que considerar el fin perseguido por el positivismo como escuela, la inserción del derecho como una ciencia a la par de las ciencias duras o exactas tradicionales, siendo el método lo referido al cómo, y en ese andar, Kelsen intenta explicar el qué

(34) KELSEN, H., "La doctrina del Derecho natural (...)", op. cit., p. 103.

(35) GUZMÁN HERNÁNDEZ, Y., Representación en política, instituciones de democracia directa y revocatoria de mandato en Venezuela - Una manera de interpretar el modelo normativo-constitucional venezolano de participación política, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, p. 80.

(36) KELSEN, H., "La doctrina del Derecho natural (...)", op. cit., p. 104.

a partir de ese cómo. Retomando el tema que nos ocupa de los derechos humanos, la causa del florecimiento de una teoría al respecto fue precisamente la espada de Damocles de la escuela positivista, al tenor de la cual queda relegada la dinámica de los derechos humanos a un mero objeto de regulación jurídica más.

No obstante, aunque su tesis democrática penetra en su teoría pura del derecho, también es verdad que la exigencia de pureza normativa penetra en sus reflexiones acerca de la democracia. La democracia es un método de creación del ordenamiento, y el ordenamiento puede tener cualquier contenido: la exigencia de la pureza converge con la definición mínima de democracia ⁽³⁷⁾.

“El intento de desideologizar el derecho propuesto por Kelsen ha traído consigo la simplificación del derecho, que al ser despojado de valoraciones subjetivas, más que en un derecho objetivo, se comporta como un derecho mutilado, por lo que algunos han opinado que esta visión del fenómeno jurídico, trae como consecuencia: la separación sin capacidad autocrítica del ámbito de lo público y de lo privado; el ámbito de lo jurídico y de lo político, de las relaciones de poder y de lo ético; la práctica y la teoría en materia de derechos humanos; la dimensión pre-violatoria de la post-violatoria de derechos humanos” ⁽³⁸⁾.

Esta reflexión expone las contradicciones fundamentales del pensamiento kelseniano; sin embargo, no limita la proyección del austriaco como politólogo y teórico del derecho. Es más, la construcción de los derechos políticos hoy se corresponde con el ideal de sujeto de derecho de Kelsen. Un sujeto al que el ordenamiento jurídico lo ha investido de un conjunto de prerrogativas que lo catapultan como protagonista de la dinámica política de un Estado, para que intervenga mediante la participación.

“La abstracción del sujeto de derechos —y su consecuente simplificación— lleva a la Teoría pura del derecho a caer en un solipsismo normativo. Todo se piensa desde las normas, desde dentro del sistema, y el sujeto es solo un elemento más creado por alguna norma: la disposición que lo hace centro de imputación de derechos y obligaciones. En este sentido, la teoría pura vinculada al solipsismo normativo no logra explicar, pues no tiene espacio para ello, fenómenos constitutivos de la complejidad del derecho: la lucha social, la resistencia a la ley para acceder a bienes que a su vez cumplen con la satisfacción de lo que se predica como derechos humanos, la emergencia

(37) PINTORE, A., “Democracia sin derechos (...)”, op. cit., p. 137.

(38) SÁNCHEZ RUBIO, D., “Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos”, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, nro. 17, San Luis de Potosí, UASLP, 2010, ps. 15 y ss.

de nuevos sujetos sociales, las tramas sociales y la distribución del poder, etc.”⁽³⁹⁾.

Si bien las posiciones de Hans Kelsen son sobradamente conocidas en las áreas teóricas, como pensador en torno al Estado y al derecho, sus reflexiones sobre la materia democrática no contradicen el núcleo duro de su obra. La cuestión democrática, y las ideas al respecto, responden a un ejercicio de legitimación del *statu quo* que circunda la realidad sociopolítica kelseniana; al tiempo que subyace en ella un fin purificador del derecho, en tanto acompaña las nociones acerca del significado del Estado y del parlamento y su papel en la sociedad.

En efecto, Kelsen no escribió una teoría de la democracia constitucional, sino dos teorías paralelas, que al ponerse en contacto evidencian muchos de los problemas teóricos que aquejan a esta complicada forma de gobierno⁽⁴⁰⁾. Todas estas reflexiones coinciden en pedirle al autor austriaco algo que él ni podía, ni quería dar. Al limitarse a una concepción formalista de la democracia Kelsen se plantea para su trabajo unos límites muy claros, que no pretende superar en ningún momento, entre otras cosas porque piensa que son los límites de la verdadera ciencia.

En todo caso, el acento que puso el autor austriaco en que el sistema democrático puede dar lugar a casi cualquier resultado en cuanto a la organización social coactiva, le dota de una flexibilidad que le permite mantenerse en el tiempo, sean cuales sean los cambios en el sistema que esté en su base.

Por otro lado, el posicionamiento del sujeto frente al Estado, para Kelsen depende del ordenamiento jurídico, lo cual convierte su análisis en un proceso circular, en el cual la persona es sujeto solo bajo la égida de la legislación vigente, participa únicamente porque el ordenamiento jurídico se lo consiente y el proceso de creación de las normas depende enteramente de la validez que otras normas le confieren. Pierde entonces el hombre el rol protagónico que debe tener frente al derecho, este último deja de fungir como protector y ordenador de las relaciones sociales.

En última instancia, pareciera que pierde incluso sentido el derecho y la esencia de la participación como cauce material para la construcción de un ordenamiento representativo y constitucional, como defendió el propio Kelsen.

(39) ROSILLO MARTÍNEZ, A. y LUÉVANO BUSTAMANTE, G., “La teoría pura del derecho kelseniana como principio de desideologización: entre la intención y la imposibilidad”, Revista do Curso de Direito Amicus Curiae, vol. 11, 2014, p. 2.

(40) SALAZAR UGARTE, P., “Notas sobre democracia (...)”, op. cit., p. 191.

IV. IDEAS FINALES

Las reflexiones de Kelsen sobre la persona y su estatus jurídico, no representan realmente un salto cualitativo significativo, teóricamente hablando. Sin embargo, sí abren las puertas a interrogantes importantes para la ulterior comprensión de fenómenos tangenciales a la mayoría de los estudios jurídicos, como son el derecho a la participación y a la democracia. Si a esa dupla adicionamos los avances en materia de derechos humanos, estamos en presencia de un tríptico que ha movido la esencia propia del derecho.

El discurso del teórico austriaco alrededor del tema democrático se caracteriza por la asunción de un criterio procedimental, casi mínimo, respecto del término, que no describe su esencia, no esboza su ontología. La teoría democrática de Kelsen tiene un fin legitimador: su proyección teórica no va encaminada a la formación de un discurso enclavado en la teoría constitucional, en los dilemas democráticos, ni en adoptar partido respecto a la democracia constitucional propia de la época; su fin es validar el estado de cosas que devienen escenario de la conformación de su pensamiento.

En materia de derechos políticos y participativos, a la luz de los postulados kelsenianos existe una equivalencia entre la condición de persona y la de sujeto de derecho, toda vez que es este un supuesto en que media la capacidad como elemento clasificador de las personas. O sea, no hay una jerarquía entre sujetos y personas, más bien una relación de tipo género-especie. Son capaces todos los primeros, mientras entre las personas existen determinados grupos que no pueden disfrutar de derechos políticos.

El establecimiento de la capacidad como elemento discriminador pretende optimizar los mecanismos participativos, delimitando un marco de actuación para los sujetos más idóneos para participar en la dinámica del poder. Es una herramienta para potenciar cualitativamente la democracia, que para nada desmerita su valor en la sociedad. En cualquier caso, entregando los mecanismos participativos en las manos correctas, las decisiones políticas que se adopten tributarán hacia la inclusión y la protección de los derechos de los individuos que por sí mismos no pueden ejercitar sus derechos políticos.

Es entonces la participación política un derecho humano particular, cuyo disfrute se ve matizado por la repercusión en la esfera pública de los modos en que se ejercite y sobre el cual los postulados del positivismo kelseniano se imponen.

APUNTES SOBRE LOS DEBERES JURÍDICOS EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN, EN SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Por Gustavo Manuel Hernández Arteaga ()*

El presente artículo se propone determinar algunas de las categorías asociadas a la concepción de deber jurídico en Kelsen. Se explicita la norma fundamental como elemento dinamizador del sistema, mediante una reflexión hermenéutica contemporánea y sus peculiares instrumentos de comprensión. Se procura de forma concreta ahondar en la epistemología de la razón jurídica según Kelsen a través del deber, y la trascendencia de la observancia y el cumplimiento del derecho en la norma constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

El problema de saber cuál es el fundamento de la obligación jurídica y por antonomasia, los deberes jurídicos, es clásico en la filosofía del derecho. Sobre la importancia de estructurar el deber de obediencia a la ley dentro del Estado constitucional, se puede ciertamente afirmar que es un deber, *prima facie*, canon de constitucionalismo moderno, tanto para ciudadanos como para los Estados. Hans Kelsen nos brinda una pauta, que irradia todavía en las cátedras de derecho público. Los principios básicos del normativismo jurídico los encontramos expuestos en una de sus obras más icónicas, *Teoría pura del derecho* ⁽¹⁾, resultado de la afanosa construcción de los conceptos jurídicos, de derecho, de deber, de derechos, de conjunto con el orden jurídico del deber ser en su más elevada configuración científico-jurídica.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Central de Las Villas; investigador asociado del Instituto Jurídico de la Universidad de Coímbra. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho "El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después", realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 19.

II. LA NATURALEZA DEL DEBER JURÍDICO SEGÚN HANS KELSEN

¿Cómo observar desde el fundamento consensual y dialógico del derecho en la postmodernidad, la manifestación de los valores socialmente aceptados, si se incluyen aquellas relaciones establecidas sobre un acuerdo racional, y su carácter imperativo, en un momento histórico determinado? Se debe acudir a Kelsen, mediando el carácter imperativo de la legislación al asumirse necesariamente como un deber, un deber jurídico. Los factores de seguridad jurídica, orden social, exigen un elemento esencial, lo formal, en un Estado constitucional y democrático, bajo la formulación del Estado de derecho. En Kelsen se encuentran los eslabones que permiten conducir desde el deber ser formal hacia el deber como construcción normativa estructural en el epicentro del ordenamiento jurídico.

La obra de Kelsen nos esboza que una vez existente, la norma legal puede o no ser efectiva. Se establece como efectiva la norma que impone deberes a la producción objetiva de efectos normativos. Lo anterior puede ocurrir automáticamente, como en el caso de reglas que definen competencias y situaciones legales. Al producir el cumplimiento espontáneo del deber legal por parte de los tribunales se conmina a la aplicación coercitiva de sanciones negativas por parte de los organismos autorizados ⁽²⁾.

Los deberes establecidos en las normas legales son comandos dirigidos a la conducta humana, que permiten, prohíben, ordenan y definen competencias, presentando sanciones socialmente organizadas e inmanentes, que difieren, respectivamente, de las normas sociales y las normas religiosas.

El maestro austriaco ilustra cómo el positivismo legal responde a la pregunta de por qué el derecho es válido haciendo referencia a una hipótesis que puede ser aceptada o no, dicho de otro modo, justificando solo condicionalmente la obediencia a la ley; encontrándose ante el concepto de deber jurídico, que no comienza a constituirse como categoría independiente hasta Christian Thomasius ⁽³⁾.

Sin embargo, se ha abordado con regularidad —se prefirió en momentos anteriores al siglo XX— la solución iusnaturalista o la teológica, ya que

(2) Según Paulson, el trabajo de Kelsen se puede dividir en tres fases. La primera, llamada “constructivismo crítico”, tendría lugar entre 1911 y 1921, y abarcaría un periodo de transición de 1913 a 1921. La segunda fase, llamada “clásica”, incluiría la mayor parte del trabajo de Kelsen, que abarca la década de 1921 hasta 1960, presentando dos periodos distintos: el neokantiano (de 1921 a 1935) y el híbrido (1935-1960), que fusionaría elementos analíticos con los puntos de vista neokantianos ya establecidos. Finalmente, la tercera y última fase sería la “escéptica”, que se extendió desde 1960 hasta la muerte de Kelsen en 1973. Vid. PAULSON, S., “Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes”, Oxford, Clarendon Press, 2007, ps. 507-522.

(3) MARTÍN ARMENGOL, R. A., “La validez del derecho como deber de obediencia”, revista *Politeia*, vol. 36, enero-junio, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2013, p. 67.

no existe diferencia alguna entre el positivismo legal, por una parte, y la doctrina del derecho natural o la teología.

Según las tres doctrinas, la razón por la cual la ley es válida se fundamenta en su condición de norma básica hipotética. De la misma manera que la norma básica del positivismo legal no resulta de una decisión de la autoridad legal, sino que se la presupone en el pensamiento jurídico, las normas básicas de la doctrina del derecho natural y de la teología cristiana no vienen dictadas por la naturaleza o por Dios, sino que son hipótesis que estas doctrinas presuponen; por tanto, estas doctrinas solo pueden justificar condicionalmente la obediencia a la ley ⁽⁴⁾.

El concepto kelseniano de deber, más allá del principio retributivo, es un concepto histórico, quizá tan principista como el principio de justicia, que constituye su realización, a partir de una posición conceptual, donde lo que el derecho establece como sanción coactiva es equiparable a un principio retributivo de ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que no vulnere el disfrute común de los derechos ⁽⁵⁾.

En consecuencia, el padre de la cientificidad de la ciencia pura del derecho permite elucidar separadamente, pero con evidente congruencia entre el deber jurídico, la cuestión de su fundamento y la obligación de obedecer al derecho. El pensamiento de Kelsen a diferencia de una concepción de deber moral, que se corresponde con la convicción psicológica de la obligación en conformidad con la afirmación subjetiva del deber, sostiene la categoría deber jurídico, cuya concreción se encuentra en la individualización de la norma al individuo. Se asume así en la visión de Kelsen sobre el deber jurídico, la instrumentalidad del propio ordenamiento, derivando de este un acto de coacción ante una actitud contraria del sujeto.

Los deberes los ostenta cada ciudadano, por el simple hecho de ser hombre, para con todos los otros seres humanos, es una posición marcadamente iusnaturalista, pero trascendente para hilvanar la posición kelseniana ⁽⁶⁾; son deberes cuya existencia y cuyo alcance no dependen sustancialmente de la regulación que tengan en los ordenamientos jurídicos históricos. Con la teoría pura de Kelsen, la norma jurídica adquiere el sentido de un acto de voluntad del constituyente. En este caso, lo debido es el sentido objetivo del acto. Después que desaparece la voluntad que ordena o determina, igual permanece el sentido de ella, lo debido en legalidad.

(4) KELSEN, H., ¿Qué es Justicia?, Barcelona, Ariel, 1992, p. 193.

(5) *ibíd.*, p. 184.

(6) SOARES de MOURA COSTA MATOS, A., "A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico", Revista da Faculdade de Direito, nro. 58, enero-junio, Belo Horizonte, Universidad Federal de Minas Gerais, 2011, p. 45.

Cobra así sentido ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros, donde proponen u ordenan ese comportamiento, jurídicamente incorporado.

II.1. La trascendencia de los deberes jurídicos en la constitución según el pensamiento de Kelsen: la validez de la norma

La propuesta de Kelsen, como se le ha endilgado, no es la aprobación ciega de los preceptos jurídicos como obligación y la consecuente adopción de un deber, sino la regla mediante la cual se promueve la realización de determinada conducta. El deber como deber objetivo deriva de una norma válida, con las tipicidades del concepto en sentido lato. A la ley le da el sentido objetivo de lo debido y la fundamenta a través de la derivación de otra norma válida superior, que es la Constitución. La relevancia singular del tema es motivo suficiente para percibir cómo prácticamente ninguna escuela de importancia en el pensamiento político-legal ha ignorado al insigne jurista vienés. Siendo así, son loables los esfuerzos de una elaboración independiente de una doctrina del deber jurídico.

Es un hecho consumado que se encuentra la independencia, la sustantividad de un concepto jurídico, ante el esfuerzo de aislarla de forma anómala de cualquier otro que pueda estar relacionado. Se puede observar en Kelsen, cómo el sistema legal no puede estudiarse científicamente como si fuera una mera edificación de normas que ordenan el desenvolvimiento del ciudadano humano, sino que, por el contrario, debe concebirse como un todo unitario y sistemático, ya que todos tienen el mismo fundamento de validez.

Ante una visión latinoamericana como la explicitada por Cossio ⁽⁷⁾, debo coincidir con Martínez Roldán ⁽⁸⁾ sobre la teoría pura y la egológica del derecho, al pasar revista sobre la polémica entre el célebre argentino y el maestro austriaco, así como la orientación de los deberes jurídicos dentro de la estela de argumentos encontrados, al redundar como cierto que existen deberes jurídicos, mediante las normas e interpretados a partir del alcance de las normas. La ciencia jurídica y su carácter óntico vienen dados por la capacidad de aplicar la lógica gnoseológica a cada caso jurídicamente relevante, por lo cual el deber jurídico también impone una impronta de realización del deber ser, y no del ser, en abstracto, lo que nos lleva al cuestionamiento angular de ambas posiciones doctrinales. Entre uno y otro, sin embargo, no hay tantos resortes como diferencias como ha de suponerse, a juicio de Martínez Roldán: “la teoría pura concebía los valores

(7) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, ps. 361-363.

(8) MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Teoría pura y teoría egológica del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Oviedo, 1987, ps. 355-372.

en términos voluntaristas, afirmando su relativismo (irracionalismo), mientras que la teoría egológica se caracterizaría por el racionalismo y el objetivismo axiológico; esa sería la verdadera diferencia entre ambas”⁽⁹⁾.

En Kelsen se encuentra una espiral reflexiva coherente sobre el *corpus* jurídico y los deberes establecidos, al ser el fin de la ciencia jurídica una función constitutiva, solo a condición de admitir la norma fundamental. Se deslinda la juridicidad de los deberes en la medida del reconocimiento constitucional. Desde el punto de vista de la teoría pura, los actos de aplicación constituyen un deber legal impuesto a los receptores primarios y secundarios, así como los actos de producción constituyen actos de poder, derivados del ejercicio de una autorización otorgada por el propio sistema legal.

En palabras de Kelsen, “[p]ara cumplir con el deber constitucionalmente establecido, debe ser válida, proveniente del poder constituyente, así como los incorporados a las leyes orgánicas. Cada norma legal, para ser considerada válida, debe haber sido producida de acuerdo con los criterios formales y materiales establecidos en el pedido en sí, el sujeto u organismo competente, el procedimiento y, en cierta medida, el contenido, todo establecido por el estándar inmediatamente más alto. Siendo así a través del orden legal, de grado a grado, en escala ascendente, hasta alcanzar la norma fundamental”⁽¹⁰⁾.

Para explicar el deber se debe ilustrar en la lectura de Kelsen, a partir de una concepción de la norma jurídica con una estructura como la explicitada, la dinámica existente entre la ley fundamental y las normas ordinarias. Así, sería posible abstraer o derivar cuál es la conducta que el legislador ha querido proscribir y cuál es la conducta que el legislador ha querido impulsar mediante este mecanismo de motivación indirecta⁽¹¹⁾. El deber u obligación jurídica es la conducta opuesta a aquella, respecto de la cual una norma jurídica enlaza un acto coactivo como sanción, incluso en sede constitucional.

En este esfuerzo por sustraer las fundamentaciones meta o extrajurídicas para acentuar el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico sigue siendo un paradigma Kelsen, aunque comprendiendo sus obvias limitaciones ante cuestionamientos no objetivos. Con Kelsen se ejecuta el sistema jurídico apostando por una norma fundamental *supra*, de donde emerge el halo de validez: la Constitución. Según la concepción kelseniana clásica, la norma que sirve de corolario no es querida, sino pensada. Solo

(9) *ibíd.*, p. 357.

(10) KELSEN, H., *Teoría Pura do Direito*, 6ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 1984, p. 324.

(11) ORUNESO, C. y RODRÍGUEZ, J. L., “Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos de Hans Kelsen”, revista *Revus*, Liubliana, Editorial Klaus Revus, diciembre, 2018, p. 38.

mediante la existencia de esta puede analizarse la magnitud de hechos que con su preterición fuera imposible de identificar bajo un supuesto jurídico primario. El juez, el fiscal, el abogado, el jurista, llevan como sudario la norma fundamental y, por tanto, los deberes que se desprenden de ella, aun aquellos que después Hart⁽¹²⁾ se encargó de analizar. La norma fundamental le atribuye carácter normativo y eficacia a los instrumentos con los cuales trabaja.

Se puede argüir que la construcción normativista y positivista en Kelsen consolidó a este deber en su carácter fundamental. El constitucionalismo contemporáneo, en cualquiera de sus configuraciones, tiene vestigios de la teoría pura de Kelsen en su simiente más primigenia. Los deberes constitucionales, deberes jurídicos positivos, dentro de los que se encuentra el deber de observancia y obediencia a la Constitución, o el deber de preservación al ambiente, demuestran que la razón moral de actuar conforme al derecho deriva del valor de la práctica de la cooperación social, no de que esta práctica haya sido sancionada legalmente. Siendo así, resulta indistinto para el razonamiento moral que una disposición de mantener los ríos limpios sea algo sancionado por el derecho. El objetivo es lograr la aceptación social y su consecuente protección, mediante incentivos jurídico-formales. Más allá del reconocimiento o no de la norma primaria, Kelsen nos demuestra que el derecho es solo uno entre varios posibles instrumentos, pero es el más eficaz y válido para construir desde la voluntad del supremo legislador los mandatos sociales.

III. CONCLUSIONES

Kelsen marcó un verdadero hito en el pensamiento jurídico-filosófico moderno. Las contribuciones iusfilosóficas, además de innovadoras y conmovedoras, fueron fortalecidas por su coherencia lógica y capacidad analítica, testimonio de su matriz dentro de la escuela de Viena.

Kelsen intentó encontrar una respuesta al dilema que enfrentaban los juristas a inicios del siglo pasado, su objetivo era establecer una comprensión científica, objetiva o pura de la ley. En la obediencia a la ley, cuestión que nos ocupa, media la elucubración de los deberes jurídicos, en primer término, génesis en la contemporaneidad como el deber de observar y cumplir con la Constitución. Resulta cuasi imposible evitar edificar el deber jurídico tomando en consideración una fórmula que difiera del deber moral, al ser nexo que vincula la actuación volitiva de los depositarios últimos de los fines y los valores que se condensan a través de la norma jurídica.

(12) HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, ps. 208 a 223.

Los desafíos de la doctrina jurídica contemporánea se encuentran en la búsqueda de una pauta formal que permitan a ese deber de contenido especial superar, de una vez por todas, la insistente necesidad de argumentar en el fondo la obligatoriedad moral. A fin de garantizar la validez formal del Derecho, se ha de observar la amplitud en la concepción de los deberes jurídicos, hurgando sobre quién los determina. Siempre tendremos que regresar a analizar al maestro Kelsen; aunque adolezcamos de coincidencias, es póstumo para la continuación del debate.

LAS FUENTES DEL DERECHO Y EL JUEZ. VALORACIONES DESDE LA RELECTURA NECESARIA DE “TEORÍA PURA DEL DERECHO”, DE HANS KELSEN

Por Carlos Justo Bruzón Viltres^() y Lianet Bárbara Palacio Castillo^(**)*

I. INTRODUCCIÓN

La celebración en Cuba del aniversario setenta del histórico debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio fue una de las iniciativas que particularmente recibimos con mucho beneplácito y aplaudimos con todo merecimiento. Esto por varias razones, una de las cuales ha tenido que ver con el programa diseñado, que viene a romper, dada la calidad de las ponencias, con la falsa idea de escaso desarrollo del pensamiento iusfilosófico contemporáneo en nuestro país.

La particular imbricación de nuestros mejores exponentes en el campo teórico con una pléyade de jóvenes profesores (que tiene el mérito de haber organizado el Seminario) da cuenta de lo antes dicho. Todo ello, matizado además por la presencia de académicos latinoamericanos, que forman parte de lo más avanzado de los estudios de filosofía del derecho en la contemporaneidad, hecho que coloca a este evento a una altura inmejorable.

Frente a este panorama, proponerse aportar algún punto de vista novedoso o atractivo ha sido realmente difícil. Por ello hemos optado por enunciar apenas algunas ideas sobre un tópico que, sin ser absolutamente nuevo, sigue siendo objeto de comprensión limitada en el escenario jurídico cubano: el uso de las fuentes del derecho en la práctica judicial.

El aporte de Kelsen a la cuestión de las fuentes y, de modo particular, al rol de la jurisprudencia (en todos sus sentidos: como práctica, discuti-

(*) Docente Principal Titular 1, Universidad Metropolitana, Ecuador; miembro titular de la Academia de Ciencias de Cuba. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(**) Profesora de Teoría del Derecho, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Gramma.

da ciencia y también, fuente) contribuye al debate sobre la utilidad de estos recursos en manos del juez, lo cual ha transcurrido por un relativamente silencioso proceso de aceptación/resistencia en nuestro foro.

En este tenor, la reciente reforma constitucional en Cuba ha acentuado el rol de la función judicial en un plano de trascendental responsabilidad, frente a la materialización del Estado socialista de Derecho y justicia social, atendiendo a los pilares sobre los que se sostiene (al menos la noción de Estado de derecho ⁽¹⁾; esta nueva visión está por desarrollar teóricamente). Por ende, el juez seguirá necesitando ampliar su formación teórico-filosófica ⁽²⁾ y tendrá ante sí nuevos dilemas frente al empleo de las fuentes para su razonamiento y decisión.

El enfoque de este artículo sigue, en consecuencia, una lógica muy sencilla, a la cual, desde la relectura de la obra más universal de Kelsen, pudieran agregarse argumentos. Debemos, en este punto, aclarar que no se pretende realizar una indagación exhaustiva en la prolija aportación de este autor, que dedicó no pocas páginas al estudio de la función judicial —y no solo en Teoría pura del derecho—, como referente insoslayable de la materialización de sus fecundas teorizaciones.

Por otro lado, se ha escrito en la última década, si bien no suficiente, sí con determinada extensión —e intención— sobre la cuestión de las fuentes jurídicas en Cuba ⁽³⁾ y en determinados casos y áreas de especialización ha motivado inclusive investigaciones doctorales, lo que verifica la particular importancia de este tópico ⁽⁴⁾. Sabemos bien que la manera en que algunas de las recomendaciones realizadas han sido o no asimiladas en el terreno

(1) Que tienen un amplio desarrollo doctrinal e incluyen, entre otros, el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades, acompañado de un sistema eficaz de garantías; los límites al poder frente al ejercicio de los derechos y la garantía jurisdiccional de la Constitución. La noción contenida en el artículo primero de la nueva Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, incorpora al de Estado de derecho, los conceptos socialista y justicia social, que seguro abrirán la puerta a interesantes aportaciones en la construcción teórica de este modelo estatal.

(2) Sobre este particular, vid. RAMÍREZ LUDEÑA, L., “Las teorías del derecho en la formación de los jueces”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nro. 30, 2014, ps. 37-59.

(3) Entre otros: GONZÁLEZ MONZÓN, A., “Acotaciones sobre la base conceptual de los principios generales del derecho”, Derechos en Acción, nro. 12, 2019, ps. 759-829, y Los principios generales del derecho: una manifestación de la complejidad del fenómeno jurídico, Bogotá, Leyer, 2018; BRUZÓN VILTRES, C. J., “Fuentes del derecho en Cuba: indeterminación, efectos, posibles soluciones”, Revista General de Derecho Público Comparado, vol. 14, 2014, ps. 1-31; PÉREZ CARRILLO, J. R., “Sobre el tema de las fuentes del derecho en Cuba”, Revista Maestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais, vol. 9, nro. 2, 2009, ps. 91-102.

(4) BRUZÓN VILTRES, C. J., La jurisprudencia como fuente del derecho en Cuba. Condiciones para su validez formal, Universidad de Oriente, 2016; PÉREZ CARRILLO, J. R., Presupuestos teóricos para el reconocimiento normativo de las fuentes formales legisladas del derecho agrario en Cuba, Universidad de Oriente, 2013; FERRARI YAUNNER, M., Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba, Universidad de La Habana, 2010; MONDELO GARCÍA, W., El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento, Universidad de Oriente, 2003; PRIETO VALDÉS, M., El derecho, la Constitución y su interpretación, Universidad de La Habana, 2002.

práctico se debe a factores múltiples, cuya descripción desborda el espíritu y propósito de esta contribución.

II. EL PRIMER PROBLEMA: CONCEPTUAL

En su obra, Kelsen se encarga de recordarnos que el término “fuente del derecho” es “una expresión metafórica con más de un significado” ⁽⁵⁾. Este es el punto de partida de reiterados desacuerdos conceptuales, que por extensión afecta la correcta comprensión que se hace de esta institución en el ejercicio, especialmente en sede judicial, en la cual se concretan las decisiones jurídicas más importantes.

No es menester abundar, por tan solo poner un ejemplo, en la relevancia que asume el juez como detentador de la regla de adjudicación ⁽⁶⁾, paradigma hartiano que resume su singular posición en la compleja urdimbre de relaciones que se producen, tomando las palabras del profesor Vallet, en el *universum ius*, en la galaxia jurídica ⁽⁷⁾.

La descripción que realiza Kelsen sobre el sentido de la expresión “fuente del derecho”, en varias páginas de su texto, hace referencia al carácter de método de producción del derecho, de fundamento de validez; incluso, en un sentido práctico, como “fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica” ⁽⁸⁾. En tal dirección reafirma el carácter autorreferencial de este concepto, cuando sentencia que “fuente del derecho solo puede ser el derecho” ⁽⁹⁾.

El autor parece estimular el abandono de esta “metáfora fácilmente equívoca” al recomendar que se emplee en su lugar “una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira” ⁽¹⁰⁾. Si nos conformamos con esta lectura parcial del texto de Kelsen —algo que ha sido usual en el proceso de transmutación de las tesis del jurista vienés, que, entre otros, denuncia amplia y convincentemente López Medina ⁽¹¹⁾—, la interpretación más próxima colegiría con la contradicción.

(5) KELSEN, H., Teoría pura del derecho, traducción de R. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 243.

(6) Como es conocido, para Hart estas son las “reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria (...) Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir” Cfr., HART, H. L. A., El concepto de derecho, traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 120.

(7) Apud LÓPEZ VILAS, R., La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico, Madrid, Civitas, 2002, p. 175.

(8) KELSEN, H., Teoría pura (...), op. cit., p. 243.

(9) *ibíd.*

(10) *id.*

(11) Cfr., LÓPEZ MEDINA, D. E., Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, 7a reimpresión, Bogotá, Legis, 2013.

Sin embargo, líneas adelante se revela una interesante y también polémica conclusión: “aplicación de derecho es de consuno producción de derecho” ⁽¹²⁾. En la explicación posterior que sobre este particular desarrolla Kelsen, no es casual que uno de los ejemplos que tome sea el del juez en el Estado ideal de Platón, el cual estaba facultado para resolver según su libre apreciación todos los casos, sin sujeción a un mandato contenido en norma general ⁽¹³⁾.

A los efectos de esta indagación, ello equivaldría a destacar, por una parte, el valor de las fuentes en la aplicación del derecho y, por otra, el caso extremo del arbitrio judicial —aunque aquí presentado en los límites de la arbitrariedad ⁽¹⁴⁾—, es decir, la capacidad creadora del juez, que es *summum del derecho* jurisprudencial.

El colofón de la idea kelseniana tomada ahora como argumento aparece en el epígrafe dedicado a la función judicial ⁽¹⁵⁾. Del enjundioso análisis que se despliega, baste con resaltar la afirmación de que la función del tribunal no es de mero descubrimiento y formulación del derecho, o sea, simplemente declaratoria, sino que es, en esencia, constitutiva ⁽¹⁶⁾, empleando como medio de expresión la sentencia, en cuya cristalización el juez ha debido hallar el fundamento de validez del criterio que emplea para resolver; dicho de otro modo, ha tenido que usar las fuentes como fundamento de validez, en un acto de creación jurídica que a su vez es idénticamente válido porque así lo ha adjudicado el sistema.

Empero, Kelsen profundiza aún más en esta cuestión y coloca el asunto en un tenor que es de nuestro interés. Lo hace al examinar el supuesto en que el orden jurídico autoriza al tribunal a pronunciarse, inclusive cuando este no puede establecer ninguna norma general para resolver la cuestión controvertida. En este caso, el tribunal produce, literalmente, una norma jurídica individual, “crea nuevo derecho de fondo” ⁽¹⁷⁾, sin que por ello deba reputársele que actúe como legislador (argumento en contrario que han sostenido, una y otra vez, los detractores del derecho jurisprudencial).

Aquí no solo se evidencia la capacidad del juez de producir derecho (jurisprudencia), en oposición a otra línea de pensamiento que refuta la noción del “juez-creador-de-normas”, sino que efectivamente lo faculta a crear una

(12) KELSEN, H., *Teoría pura (...)*, op. cit., p. 244.

(13) *ibíd.*, p. 245. Aunque sí facultados por una norma general, lo que nos reconduce a la regla de adjudicación de Hart.

(14) “Arbitrio no es arbitrariedad (...) Hay arbitrio judicial y urge admitirlo como paso necesario para controlarlo”. Cfr. CASAS VALLÉS, R., “Jurisprudencia y sistema de fuentes en el pensamiento de Puig Brutau”, en J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, 2a edición, Barcelona, Bosch, 2006, ps. 26 y 27.

(15) KELSEN, H., *Teoría pura (...)*, op. cit., ps. 246 y ss.

(16) *ibíd.*, p. 247.

(17) *id.*, p. 253.

norma jurídica individual ⁽¹⁸⁾, que se corporifica en la sentencia. Para ello no autogenera un mero pronunciamiento, sino que, en el propósito de encontrar la justicia, busca en la “norma general” el fundamento de su decisión; dicha “norma” puede o no tener un carácter positivo ⁽¹⁹⁾.

En otras palabras: el juez debe acudir a un amplio conjunto de criterios que fundamentan el derecho aplicable ⁽²⁰⁾, los cuales no son más que sus propias fuentes, entendidas como “razones para la argumentación” ⁽²¹⁾ y “buenas razones para los fallos” ⁽²²⁾.

En términos de derecho “no positivado” —al estilo de la norma contenida en ley, en sus diversas acepciones y jerarquía—, la costumbre jurídica, los principios generales y los precedentes judiciales conformarían ese *corpus* de fuentes, de suma utilidad para el juzgador.

Kelsen incorpora elementos críticos que ponderan el rol creador del juez en un determinado ordenamiento. La referencia específica al precedente judicial da cuenta de ello, enunciándola como sigue:

“Un tribunal, en especial un tribunal de última instancia, puede estar facultado no solo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente (...) el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo” ⁽²³⁾.

Detenernos en este tópico conduciría a un giro imprevisto en el debate. Basta remarcarlo, porque aquí el autor profundiza en un asunto que ha derivado en las más álgidas discusiones en el terreno doctrinario y práctico, teniendo distintos niveles de asimilación en los ordenamientos jurídicos —y no poco rechazo, en ambas direcciones—.

No obstante, la intención es definir que el juez no solo produce derecho sirviéndose de fuentes no positivadas que él no genera directamente, sino que, en la particular situación del precedente, existe una especie de auto-producción, lo cual no significa negar la capacidad del juez, por ejemplo, de construir o formular principios, o crear derecho desde el propio ejercicio hermenéutico (mediante la interpretación evolutiva, integradora, entre otras).

(18) *id.*

(19) Que Kelsen denomina “norma general de fondo, aunque no positiva”.

(20) Lo que equivale a afirmar que es parte de la discrecionalidad de la que goza el juez, si bien reglada, pero que se genera en torno a un “espacio de juego”, el cual debe dejarse a la función productora del derecho antes dicha, como afirma Kelsen.

(21) AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 138.

(22) HART, H. L. A., *El concepto (...)*, *op. cit.*, p. 312.

(23) KELSEN, H., *Teoría pura (...)*, *op. cit.*, p. 258.

Los términos en que el profesor vienés plantea el tema sugieren la forma de un juez-legislador, en el cual este es capaz de competir con la función legislativa, pero distinguiendo ambos sectores dentro de un sistema jurídico, puesto que los dos poseen competencias bien delimitadas, cuya atizada disputa viene Kelsen a resolver considerando un principio de todo Estado de derecho: la seguridad jurídica ⁽²⁴⁾.

En contraposición sostiene la crítica del sistema de “libre creación del derecho”, cuya eficacia es improbable en el marco de la discrecionalidad reglada ⁽²⁵⁾ del juez, aspecto que la generalidad de los ordenamientos jurídicos, con mayor o menor intensidad, parecen prever.

Finalmente, Kelsen menciona dos sistemas de interés: uno donde además de la existencia de un órgano legislativo central aparece un tribunal facultado para crear no solo normas particulares, sino, en determinadas circunstancias, también normas generales bajo la forma de precedentes ⁽²⁶⁾; y otro en el cual las normas generales son producidas en lo fundamental por vía de la aplicación del derecho consuetudinario ⁽²⁷⁾, en lugar del órgano legislativo. Tal es el caso del *common law*, aunque como es conocido, esa cualidad ha ido cediendo a la influencia de la codificación en el sistema anglosajón ⁽²⁸⁾.

Es clave en esta disquisición de cierre la enfática distinción que realiza Kelsen del sentido con que se puede utilizar la metafórica expresión “fuente del derecho”, que gana mayor connotación en el *common law* toda vez que no significaría lo mismo enunciarla en el sentido de producción del derecho, que meramente como “todos los factores que efectivamente influyen sobre la sentencia judicial, así como los juicios de valor moral-políticos, dictámenes profesionales y cosas semejantes” ⁽²⁹⁾. Esta distinción de significados ya era advertida por el autor desde las páginas iniciales del epígrafe analizado en su libro.

(24) *ibíd.*, p. 260.

(25) En palabras de Comanducci, “discrecionalidad parcial”, que atribuye Kelsen a “la parcial indeterminación intencional de la grada inferior” en la estructuración y jerarquía de las normas; y que, en oposición, Bulygin adjudica a la “textura abierta del lenguaje jurídico”. Cfr., COMANDUCCI, P., *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 59.

(26) Kelsen precisa que en estos casos se realiza en grado diferente el principio de flexibilidad del derecho (obviamente para descartar la tendencia a la arbitrariedad, implícita en el modelo de Estado ideal de Platón), y desmarcarlo de la propuesta existencialista que también comenta en sus páginas. Es crítico al observar que la supramentada flexibilidad del derecho va a contracorriente del principio de seguridad jurídica.

(27) El autor austriaco nos recuerda que la diferencia entre este tipo de normas generales y las que derivan de la actividad legislativa estriba en que las primeras “desempeñan un papel más prominente, y más claro en la conciencia del juez” (*loc. op. cit.*, p. 262).

(28) Así, COUTURE, E., “El porvenir de la codificación y del *common law* en el continente americano”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 52, 1948, p. 860; DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de J. Sánchez Cordero, México, UNAM - Centro Mexicano de Derecho Uniforme - Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010, ps. 305 y ss.

(29) KELSEN, H., *Teoría pura (...)*, *op. cit.*, p. 263.

Hasta aquí pudiera parecer que nuestro esfuerzo se circunscribe a una interpretación muy particular, nada relevante, de este escrito ampliamente discutido durante décadas por juristas de distintas latitudes y disciplinas. Y puede que sea de algún modo así, pero ciertamente, a pesar de muchos años de enseñanza y lectura de la obra kelseniana, aún es posible encontrar en su revisión crítica nuevos argumentos sobre temas, como el ahora abordado, que pasan de ser meramente formales a tener una implicación práctica muy puntual en el escenario jurídico cubano.

Vale lo anterior sin obviar que, lamentablemente, las tesis de Kelsen han sido transmutadas —no pocas veces, y con diversas intenciones—, argumentando detrás de su “normativismo extremo” la pobre utilidad del aporte realizado al terreno práctico. Expresado de otro modo, múltiples son las ambigüedades con la que se han recepcionado los aportes de Kelsen, de modo singular, su teoría pura. Una de las “sutiles” ambigüedades, como afirma el profesor Sarlo ⁽³⁰⁾, deriva del medio cultural en el cual se produce la traducción y asimilación de la obra del autor europeo, que la hace ver, en dichos escenarios, como “entelequia formalista, logicista, distante de la realidad, y que supone defender una metodología deductivista —al estilo de la exégesis francesa— para la aplicación del derecho”, siguiendo a este apunte algunas ideas de Vernengo.

Por suerte, la culpa atribuida al maestro vienés —traducida en el legalismo sobre el cual se han formado generaciones de juristas en Cuba ⁽³¹⁾— ha tenido oportunos desagrazos ⁽³²⁾.

A lo antes dicho hay que sumar la crítica mordaz a la que han sido sometidos los puntos de vista de este autor, en particular la teoría pura, lo cual sería imposible de ejemplificar en toda su extensión en estas notas ⁽³³⁾; cues-

(30) SARLO, O., “Recepción de la teoría pura del derecho en Uruguay. Con especial referencia a la Revista de la Facultad de Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nro. 32, 2012, ps. 325-351.

(31) Hemos citado en otra ocasión este pasaje, que describe perfectamente este hecho: “El legalismo ha llegado a constituir un verdadero lastre en el ejercicio de la profesión por muchos juristas, que no quieren ver más allá de la norma legal, se resisten a concebir el Derecho fuera del texto vigente (...) ha hecho y sigue haciendo mucho daño (...) el amor enfermizo que algunos profesionales del Derecho le tienen a la exégesis ad pedem literae, como método de aplicación del Derecho”, según explica el profesor Pérez Gallardo”. Cfr., CARRILLO GARCÍA, Y., “(...) una música lejana, para colmo, nada culta (...) Diálogo con el Dr. Leonardo Pérez Gallardo”, *Crítica Jurídica*, nro. 31, 2011, p. 203.

(32) Una muestra, entre tantas, es la oportuna refutación que ofrece Oscar Correas en la “Presentación” del texto *El otro Kelsen* (México, UNAM, 1989), la que por su carácter holístico es menester mencionar. En nuestro país, el rescate de las esencias kelsenianas ha ido de la mano de varios de nuestros profesores, como es el caso de Mondelo García, al que hemos tenido la oportunidad de escuchar en diversos espacios académicos poniendo énfasis en la necesidad de interpretar adecuada —no acriticamente, de forma aislada y tergiversada— las tesis de Kelsen.

(33) Del raudal de críticas que han llovido sobre los aportes teóricos de Kelsen —cabe reiterar que con disímiles argumentos, propósitos y despropósitos—, recordamos de modo particular la rección de una de las ediciones de la obra que ahora comentamos, hecha por el profesor Fausto Rodríguez García, que acusaba el “encasillamiento” racionalista de Kelsen y el “empobrecimiento” de la labor científica del jurista, signada por el “malabarismo de razonamientos” que empleaba el profesor vienés, en buena medida retado por la crítica desde la teoría egológica de C. Cossio, a la que hace

tionamientos que, si bien han servido para descubrir falencias en dichos postulados, también favorecen la negación de sus contribuciones, especialmente en la práctica judicial. En este dilema, los aspectos conceptuales antes mencionados tienen un peso definitorio.

Pero ¿qué concretamente extraer de estas líneas de la obra de Kelsen?

III. LOS APORTES DE ESTA RELECTURA EN EL CONTEXTO CUBANO

Las enseñanzas que derivan de la lectura de la obra de Kelsen, inclusive de una manera parcial, tienen una utilidad fuera de toda discusión. Sin embargo, de este acercamiento hay aspectos puntuales que pretendemos destacar.

En primer lugar, la importancia en el plano conceptual y descriptivo que sobre el término “fuente del derecho” pondera el profesor europeo, que no siempre queda del todo clara, ni para el jurista dedicado a la docencia (por ende, con un contacto más sistemático con los fundamentos teóricos del derecho); y menos para aquellos que desde el desempeño práctico, necesariamente tienen que incorporar en la interpretación y aplicación del derecho esos fundamentos.

Por otro lado, la perspectiva kelseniana sobre el pluralismo jurídico, implícita en su discurso, que nos permite cuestionar una tergiversación habitual en nuestro contexto: el Kelsen para el cual el derecho es “norma, y solo norma” [sabemos que en parte esa calificación se la debemos también a la férrea crítica de Cossio⁽³⁴⁾], que es supuestamente quintaesencia de su teoría pura y que ha constituido —a veces en términos peyorativos— el esquema que más se ha reproducido sobre los aportes teóricos del maestro vienés.

Resulta significativo resaltar además el rol fundamental de la función judicial en la producción, en la creación del derecho, más allá de su existencia positiva, de su escritura, a partir del margen de discrecionalidad con que cuenta el juez y que desarrolla en las condiciones antes descritas.

también referencia Rodríguez García, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/9643/8728>). De similar manera, la calificación de la teoría pura de Kelsen como “quintaesencia del planteamiento filodóxico”, inservible para responder a la pregunta por el derecho y que descoloca al propio autor del ámbito de la filosofía, para ubicarlo en una postura mucho más instrumental y utilitaria, que Bastida Freixedo califica en el entorno de la filodoxia. Vid. BASTIDA FREIXEDO, X., “Kelsen y la tortuga. La teoría pura del derecho como antifilosofía”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nro. 20, 2003, ps. 83-104.

(34) Sin ambages así lo describió Cossio, recordándonos aspectos del trascendental debate que cumple sus primeras siete décadas: “Kelsen únicamente presupone que el derecho es norma, solamente norma y nada más que norma”. Cfr., COSSIO, C., “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”, *La Ley*, tomo 108, 1962, p. 1090.

En este punto recordamos una expresión del profesor Mendoza Díaz, reiterada en publicaciones anteriores, pero que resume de modo muy claro la conclusión que queremos sostener: por fuentes del derecho ha de entenderse el arsenal jurídico “al cual puede acudir el juez en el conocimiento de un asunto para fundamentar jurídicamente su actuar” ⁽³⁵⁾. Es decir, más allá de las diferencias conceptuales que subyacen al carácter metafórico del término “fuente” y que, de modo ejemplar describe Kelsen en los fragmentos comentados, las fuentes constituyen herramientas, criterios indispensables en la resolución de casos.

La visión práctica de esta cuestión contribuye a afianzar la noción de dinámica jurídica en la que ubica Kelsen el tema de las fuentes; es “derecho en acción” —que De Montagú, desde la doctrina jurídica prerrevolucionaria en Cuba, identificaba con “la virtud del intérprete judicial” ⁽³⁶⁾—, y que Vilajosana describe más cerca en el tiempo a través de la denominación “fuentes en movimiento” ⁽³⁷⁾.

Puesto en contexto, la comprensión del rol de las fuentes en la actividad judicial continúa siendo una exigencia para perfeccionar la práctica ⁽³⁸⁾ y ofrecer, a través de la argumentación de la decisión, superiores garantías en los fallos del tribunal. La recientemente promulgada Constitución cubana incorpora novedades en esta dirección, asumiendo explícitamente el principio de supremacía normativa del texto fundamental del Estado ⁽³⁹⁾, el carácter de fuente de los tratados internacionales ⁽⁴⁰⁾ y una amplia gama de principios, cuya aplicabilidad directa representa un reto en materia de interpretación y actuación del juez.

La vocación garantista ⁽⁴¹⁾ que informa la norma de normas implica para el juzgador un compromiso social ineludible hacia la defensa de los intereses individuales y colectivos, teniendo como premisa la constitucionalidad, la legalidad de sus actos, pero a la vez, la racionalidad y debida motivación de sus resoluciones.

(35) MENDOZA DÍAZ, J. et al., *Lecciones de derecho procesal civil*, La Habana, Félix Varela, 2001, p. 9.

(36) DE MONTAGÚ, G., *El juez ante la norma injusta y otros estudios*, La Habana, Lex, 1944, p. 16.

(37) Cfr. VILAJOSANA, J. M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid-Barcelona - Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

(38) Así lo hemos abordado en BRUZÓN VILTRES, C. J. y PALACIO CASTILLO, L. “Fuentes del derecho y actividad judicial”, *Justicia y Derecho. Revista del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba*, vol. 15, nro. 28, 2017, ps. 161-175.

(39) Artículo 7 constitucional.

(40) Artículo 8 constitucional.

(41) Aunque con otros elementos en el texto de la Constitución, es de obligatoria revisión el Título V, Capítulo VI, artículos 92 y ss.

De consuno, la garantía de la seguridad jurídica como principio, basada en el respeto a la universalidad de la decisión ⁽⁴²⁾, que se traduce en la coherencia, la no contradicción y la uniformidad en la interpretación, que para nada significa petrificar el razonamiento judicial.

Al mismo tiempo, aun sin realizar algún reconocimiento expreso del valor de la jurisprudencia como fuente, lo anterior no niega el cambio de decisión razonado, argumentado, porque el derecho cambia en tanto se transforman las circunstancias, aunque esta lógica dialéctica no siempre opere exactamente así.

En esa dirección, el conocimiento profundo de la teoría de las fuentes del derecho y, de modo particular, la manera en que Kelsen la describe en los fragmentos seleccionados de su obra, puede ser de utilidad en la práctica jurídica; rechazarla por considerarle una teorización estéril, es un grave error.

En el campo específico del valor formal de la jurisprudencia y la ordenación de las fuentes en el derecho cubano hemos planteado algunas ideas que siguen la lógica del análisis del discurso de Kelsen. Una brinda continuidad al hecho necesario y sostenido en este artículo, de que el juez tenga a su alcance la amplitud de recursos argumentativos que las propias fuentes del derecho posibilitan y que, más allá de su existencia y validez material —por que ciertamente se aplican—, puedan tener un reconocimiento formal en el ordenamiento jurídico, que no dé lugar a dudas en su potencial empleo.

Podrá decirse que este es un dato que no requiere mayor comprobación, que está técnicamente resuelto en nuestro derecho. Tal cual enunciamos líneas atrás, la nueva Constitución incorpora, inclusive de forma expresa, “nuevas” fuentes, como los tratados internacionales. Los códigos en materia civil y de comercio establecen referencias a la costumbre; en estas y otras disposiciones de inferior jerarquía también existe una regulación diversa de los principios generales del derecho. Sin embargo, no han constituido razones suficientes para establecer una regla de reconocimiento uniforme, inequívoca, en orden a la validez formal de dichas fuentes.

Existen en la práctica jurídica y, de modo particular, judicial, no pocas contradicciones en el ámbito de la interpretación de la validez de las fuentes, comprobadas, por ejemplo, en sentencias del más alto foro de justicia ⁽⁴³⁾, contraponiendo el valor que puede tener en la decisión del tribunal

(42) Sobre el tema: LARA CHAGOYÁN, R., “El principio de universalidad en el razonamiento jurídico”, p. 227, disponible en www.juridicas.unam.mx; BRUZÓN VILTRES, C. J., “Circularidad y universalidad en el razonamiento jurídico: retos para el Derecho cubano”, *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, nro. 50, 2017, ps. 55-82.

(43) Ejemplos que hemos reiterado en otros trabajos vale la pena mencionarlos. Entre estos, la Sentencia nro. 219, dictada el 31 de marzo de 2006 por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, en el recurso de casación civil nro. 152 de 2006, mediante el cual se im-

los principios generales del derecho o la propia jurisprudencia. Por ende, la postura de la modelación y reconocimiento de un núcleo de fuentes (oportunidad que no pudo concretarse en la reforma de la norma suprema) y de la validez formal, expresa, de la jurisprudencia en aquel, no es un argumento caprichoso, ni copiado o importado; constituye una necesidad desde la teoría con una implicación práctica insoslayable.

Por ello, la relectura de este clásico de todos los tiempos viene a ratificar que en la función judicial se gesta una parte significativa del derecho vivo, que no está sujeto al canon silogístico de la subsunción, sino que emana de la creación viva de su intérprete por excelencia: el juez. En este propósito, la ruptura de los esquemas tradicionalistas pudiera tener un asidero también en las concepciones repasadas en esta contribución, bien depuradas y adecuadamente interpretadas y aplicadas, libre de los dogmas que han querido convertir en dogma (anclado en el tan repetido y cuestionable “normativismo”), el inconmensurable aporte de Kelsen.

IV. CONCLUSIONES

En un contexto de reforma constitucional y de importantes cambios en los fundamentos jurídicos del Estado cubano, revisar la teoría kelseniana y, de modo específico, su concepción sobre las fuentes, puede contribuir al desarrollo de sectores claves en la creación y aplicación del nuevo derecho. Al sistema de tribunales populares le corresponde un protagonismo sin par en ese empeño y, por ende, debe contar con jueces tanto comprometidos con el proyecto de nación como con una sólida preparación teórica y científica.

La lectura de la *Teoría pura del derecho*, en clave de pluralismo, de dinámica y acción en la producción del derecho, acentúa un criterio al que no deberían renunciar nuestros operadores jurídicos: las fuentes del derecho, más allá de su carácter formal, constituyen medios para la argumentación, para la solución de situaciones jurídicas. Acusar de inútil esta conclusión, que deriva del más profundo análisis teórico, y rechazarla en virtud de la estricta legalidad del sistema, equivale a desaprovechar los propios recursos que la riqueza conceptual y práctica del derecho proveen.

pugnaba la Sentencia nro. 155 de fecha 30 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Matanzas (en materia de validez del principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*); o la interesante contradicción dada entre el reconocimiento del valor de la doctrina jurisprudencial en la Sala de lo Penal del propio Tribunal Supremo, resolviendo un caso de alevosía (Sentencia nro. 4200, de 27 de septiembre de 2007) y la negación expresa del valor de fuente de la jurisprudencia que con anterioridad había sostenido la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, en un asunto de nulidad de testamento, en la Sentencia nro. 321 de 30 de mayo de 2007. Son piezas de cierta relevancia a pesar del paso del tiempo, pues los cambios de razonamiento no han sido sustanciales en este terreno.

A setenta años de aquella histórica disputa entre los fundadores de la teoría pura y la teoría egológica, Kelsen y Cossio, algunos de los puntos comunes que ambos autores mantuvieron inmovibles en sus tesis cobran toda la fuerza de su vigencia. A la labor del juez, tenga su referente en una norma general, en la voluntad o en la experiencia, le destaca la cualidad universal de crear derecho y en las fuentes del razonamiento —en clave de diversidad y, a la vez, de unidad del ordenamiento— encuentra una de sus más valiosas armas.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE CARLOS COSSIO Y JOSÉ ANTOLÍN DEL CUETO

Por Giselle Jordán Fernández (*)

I. IDEAS INICIALES

La jurisprudencia es un término multívoco, que es advertido con precisión metodológica por Carlos Cossio; es por ello que en su obra *El Derecho en el Derecho judicial* ⁽¹⁾ dedica un espacio al estudio de la jurisprudencia, en especial en el Capítulo IV, referido a la interpretación judicial. El último de los acápites, titulado “El concepto de jurisprudencia”, se adentra en un ejercicio teórico donde pone de relieve que esta debe ser tomada en consideración por la doctrina y por el juez, como elemento por antonomasia para objetivar su decisión ⁽²⁾. De esta manera, el autor resalta la importancia de esta fuente para la experiencia científica y sorprende al afirmar: “parece ser que nadie mejor que el jurista cubano José Antolín del Cueto ha expresado la importancia del problema” ⁽³⁾.

Es precisamente esta referencia a un autor cubano la motivación principal de esta investigación, que pretende resaltar las influencias del jurista patrio en el pensamiento del gran filósofo argentino y contrastar sus reflexiones en torno al polémico rol de la jurisprudencia como fuente de derecho. Paradoja científica es que, para el gremio jurídico cubano, la figura de Carlos Cossio resulte mucho más que conocida, incluso fuera de las fronteras del marco estrictamente académico, que la de José Antolín del Cueto. De este autor cubano, apenas encontramos noticias más allá de su obra, no tan prolífica, y a la vez poco estudiada en las últimas décadas ⁽⁴⁾. Es dable decir

(*) Profesora de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(1) COSSIO C., *El Derecho en el Derecho judicial*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1945, p. 166.

(2) *ibíd.*, p. 167.

(3) *id.*

(4) No obstante, destáquense las investigaciones más recientes de BRUZÓN VILTRES, C. J., “La jurisprudencia como fuente del Derecho. Condiciones para su validez formal en Cuba”, Tesis de Doctorado, Santiago de Cuba, 2016; BRUZÓN VILTRES, C. J. y PALACIO CASTILLO, L., “Un acercamiento

que Del Cueto fue una relevante figura del derecho cubano en el difícil tránsito del siglo XIX colonial al XX republicano, y en ese complejo escenario supo adaptarse a las nuevas circunstancias como político, abogado, juez, profesor e investigador de la ciencia del derecho.

Quizás una de las obras más conocidas de Del Cueto es la que menciona Cossio en su libro. Se trata del discurso de apertura del año judicial de 2 de septiembre de 1918 en La Habana, en su calidad de presidente del Tribunal Supremo de Cuba ⁽⁵⁾. La celebridad de sus palabras está dada no solo por el contenido del discurso, sino por el título llamativo y sugerente por el cual se le conoce: “La ley reina y la jurisprudencia gobierna”, frase que para Cossio reúne brevedad, ironía, elegancia y profunda verdad ⁽⁶⁾. En tal sentido nos dice el autor argentino:

“Los hombres de Derecho tienen la evidencia de que esta frase responde a una verdad; pero es curioso que más de un teórico ha querido ver en ella solo una paradoja brillante, a semejanza de las que estaban de moda a fines del siglo pasado, bajo el reinado del esteticismo literario; frase cuya directa carencia de significación teórica, permitía desahuciarla sin necesidad de un mayor análisis. A pesar de tales antecedentes nosotros vamos a analizar el problema para ver si esta frase de Del Cueto responde a una verdad” ⁽⁷⁾.

Más allá de la riqueza del recurso literario de su máxima, esta frase del jurista cubano sirvió tal vez entonces de preludio para Cossio, para analizar el papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes y su valor para la judicatura, lo que no ha tenido un abordaje pacífico en la literatura académica.

Resulta atinado mencionar que la primera edición de *El Derecho en el Derecho Judicial* data de 1945: ha transcurrido más de cuarto siglo de las palabras del jurista cubano y un poco más de tres lustros de su deceso, acontecido en 1929. Empero, el tiempo transcurrido no parece óbice para que las palabras, una vez dichas en el marco de la judicatura cubana, perdieran el valor teórico y la relevancia científica que Cossio continúa atribuyéndoles, décadas después.

to a la creación jurisprudencial del derecho en Cuba, a partir de los tres modelos de juez de F. Ost”, *Revista de Derecho*, vol. XXVII, nro. 2, diciembre de 2014; y GONZÁLEZ MONZÓN, A., “Los principios generales del Derecho en el ideario jurídico cubano anterior a 1959”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, nro. XXVI, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Ediciones Complutense, 2019.

(5) Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales, 2 de septiembre de 1918*, La Habana, Librería e Imprenta “La Moderna Poesía”, 1918.

(6) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, op. cit., p. 167.

(7) *ibid.*

II. BREVE APROXIMACIÓN BIOGRÁFICA A JOSÉ ANTOLÍN DEL CUETO (1850-1929)

Antes de iniciar un análisis profundo de la influencia de Del Cueto en Cossio, es dable resaltar, en líneas generales, quién es este autor desconocido para muchos. José Antolín del Cueto y Pazos fue un jurista habanero nacido el 19 de marzo de 1850⁽⁸⁾. Cuba no había alcanzado aún su independencia, por lo que se encontraba unido su destino político al de la metrópoli española, lo que determinó en el joven Del Cueto, sus estudios universitarios en tierra europea y sus inclinaciones políticas en el último cuarto del siglo XIX.

Quizás el panegírico más completo y emotivo sobre la vida del jurista lo hallamos en un número de la *Revista Cubana de Derecho*, publicado el mismo año de su deceso⁽⁹⁾, ofreciéndole al ilustre unas palabras de elogio, a cargo del profesor José Guerra López⁽¹⁰⁾.

En su escrito se detalla que Del Cueto y Pazos realiza sus estudios de Bachillerato en el Instituto de La Habana, donde resulta laureado⁽¹¹⁾. Luego marcha a España para estudiar derecho civil y canónico en la Universidad Central de Madrid.

“Obtiene todos los premios sin faltarle uno (...) y al terminar la carrera gana el premio del Doctorado, que hacía diez y siete años se declaraba desierto, no obstante presentarse siempre gran número de aspirantes (...). Deslumbró de tal modo en la Universidad de Madrid, que sus geniales Maestros: Cautelar y Silvela, lo proclamaron el mejor estudiante de todos los tiempos”⁽¹²⁾.

(8) Sobre la fecha de nacimiento de José Antolín del Cueto existen divergencias. En algunas fuentes aparece como año 1954. Empero, tomamos la que establece el profesor Guerra López, por considerar que es la más fidedigna, teniendo en cuenta su gran conocimiento sobre la vida del jurista. Vid. GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, *Revista Cubana de Derecho*, nro. 4 (24), Año VI, octubre-diciembre de 1929, p. 313.

(9) GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, loc. op. cit.

(10) De esta manera comienza el panegírico: “La muerte del Dr. José A. del Cueto, es desgracia inmensa, pérdida irreparable que nos sume a todos en hondo y amargo dolor. Con su inesperado y sentido fallecimiento, están de luto los Estudiantes de Derecho y tres generaciones de Abogados, que fueron sus discípulos, la Cátedra, el Foro, el Poder Judicial, nuestra República, la Italia inmortal, la España sabia, nuestra Raza, la Cultura, la Ciencia que a todos pertenecía y a todos por igual les dio días y páginas de inmarcesible gloria. Su muerte deja vacío eterno”. Vid. GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 313.

(11) Resulta muy interesante lo que narra Guerra López sobre estos estudios de bachillerato en el Instituto, “donde alcanza todos los premios, excepto el de Gramática que le gana el Apóstol de nuestra Independencia, Martí, quizás como significación de los destinos posteriores de la Historia”. Vid. GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 314.

(12) *ibíd.*, p. 314. Asimismo, se dice que su amplio dominio del derecho español hizo expresar a uno de sus profesores “Que España podía perder el texto de todas sus Leyes y de todos sus Tratados de Derecho, porque Cueto podía reconstruirlos. Frase harto conocida y rigurosamente cierta”. *íd.*, p. 315.

Una vez de regreso en Cuba, se involucra en la política antillana, a la sazón bastante dominada y dividida entre independentistas y autonomistas. Del Cueto engrosa las filas de esta última tendencia: “Ama a su Patria. Quiere su independencia, pero la quiere por la evolución, para no exponerla a los peligros de una libertad repentina”⁽¹³⁾.

El Partido Autonomista presentaba un programa influenciado por la tradición del reformismo colonial, alrededor de tres grandes problemas: el político, el económico y el social⁽¹⁴⁾ y la total asimilación de derechos y libertades entre la colonia y la metrópoli⁽¹⁵⁾. Sin duda, era un reflejo de los temas más acuciantes en esos momentos: destáquense las libertades políticas y autogobierno, la libertad comercial y arancelaria, la esclavitud, y la necesidad de la inmigración blanca a la isla. Asimismo, en el Partido Autonomista puede decirse que se hallaba parte de la élite intelectual de la sociedad cubana de su época, entre sus filas hallamos nombres ilustres —en aquellos tiempos jóvenes abogados— como lo fuesen Giberga, Montoro y Cortina. Estas importantes figuras gozaron de gran reconocimiento también durante la República⁽¹⁶⁾.

La última participación de Del Cueto y Pazos en el autonomismo antillano vino de la mano del brevísimo gobierno instaurado en la isla, a partir de los Reales Decretos de 25 de noviembre de 1897⁽¹⁷⁾, que establecieron el régimen autonómico en Cuba⁽¹⁸⁾, en el que presidió la Cámara del Parlamento insular⁽¹⁹⁾. Durante la República, sus incursiones políticas se limitaron a ser electo en 1905 por el Partido Moderado como Representante a la Cámara, cargo que no llegó a ejercer dada la crisis política de 1906, la renuncia del presidente Estrada Palma y, en definitiva, la segunda intervención norteamericana, que en diciembre de ese año llevó a declarar vacantes, por decreto, los cargos de representantes electos en 1905⁽²⁰⁾.

(13) Vid. GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 315.

(14) FRANCO PÉREZ, A. F., “Cuba y el orden jurídico español del siglo XIX: la descentralización colonial como estrategia y táctica jurídico-política”, *Historia Constitucional*, nro. 5, 2004, p. 318.

(15) FERNÁNDEZ, Á. M., *España y Cuba, 1868-1898. Revolución burguesa y relaciones coloniales*, La Habana, Ciencias Sociales, 1988, ps. 86 y 87.

(16) Sobre los partidos políticos pueden consultarse, ROLDÁN de MONTAUD, I., *La Unión Constitucional y la política española en Cuba*, Madrid, UCM, 1990; BARCIA ZEQUEIRA, Ma del C., “Los primeros partidos políticos burgueses de Cuba”, *Arbor*, nro. 567, t. CXLIV, CSIC, marzo de 1993.

(17) Vid. “Reales Decretos”, *Gaceta de Madrid*, Año CCXXXVI, nro. 331, t. IV, p. 639.

(18) Es dable destacar que antes de 1897, el tema de la autonomía para Cuba ya estaba en el tintero, incluso en España. Vid. FONVIELLE, E., *Cuba y la Autonomía*, Madrid, Establecimiento Tipográfico M.P. Montoya y Compañía, 1879, p. 3. También puede consultarse: ALONSO ROMERO, Ma P., *Cuba en la España liberal (1837-1898). Génesis y desarrollo del régimen autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, ps. 65-68; y DE LA CALLE, R. A., “La concesión de la autonomía colonial a Cuba en 1897: una visión desde la prensa madrileña”, *Espacio Tiempo y Forma*, Serie V, *Historia Contemporánea*, t. 21, 2008.

(19) Vid. JIMÉNEZ, G., *Los propietarios de Cuba 1958*, La Habana, Ciencias Sociales, 2006, p. 387; GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 315.

(20) RIERA HERNÁNDEZ, M., *Cuba política (1899-1955)*, La Habana, Impresora Modelo S.A., 1955, p. 94; HERNÁNDEZ CORUJO, E., *Historia Constitucional de Cuba*, t. II, La Habana, Compañía

Ahora bien, sobre Del Cueto y Pazos resulta ineludible hablar de su función como abogado, profesor universitario y juez. En la primera de estas, es meritorio mencionar que poseía uno de los bufetes de abogados más grandes y prestigiosos de La Habana ⁽²¹⁾ y era un gran tribuno.

“Fue el Abogado que más pleitos tuvo. El que más problemas de Derecho planteó a nuestros Tribunales. El que conoció de los asuntos más intrincados y de las controversias más raras, y el que más pleitos ganó. En su vida de Abogado no descansó un instante. Abogaba siempre, en todos los momentos. Ni un solo minuto de su vida dejó de ser el Abogado” ⁽²²⁾.

En la Universidad de La Habana, José Antolín Del Cueto imparte asignaturas como Economía Política, Derecho Administrativo ⁽²³⁾ y Derecho Penal ⁽²⁴⁾, era un profundo estudioso del derecho romano y del derecho civil en sentido general. De esta manera, gana el ejercicio de oposiciones para la Cátedra de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho.

“En la Cátedra de Derecho Mercantil, abre horizontes ignorados para Cuba. Agiganta esta ciencia y da con sus explicaciones su verdadero valor e importancia a esta rama Jurídica (...). Junto con Derecho Mercantil, explicaba el curso de Obligaciones y Contratos, del Derecho Civil. Cátedra en que admiraba con igual derroche de conocimientos” ⁽²⁵⁾.

Cueto se aparta de la Academia por cuatro años, durante el gobierno del presidente Mario García Menocal, en el que es designado en la Presidencia del Tribunal Supremo. Es bajo esta investidura que pronuncia su primer discurso en la apertura del año judicial, el 1 de septiembre de 1917. En sus propias palabras:

“Tal vez este acto sea el de la función de Presidente del Tribunal Supremo, que más se acerca a la de profesor que hace poco dejé. Me parece, señores, que no he cambiado de toga. La de Profesor de Derecho y la de Magistrado no son enemigas, no son tan siquiera distintas. Para uno y para otro la toga es el hábito que vestimos al profesar en la religión del deber como servidores del Estado” ⁽²⁶⁾.

Editora de Libros y Folletos, 1960, p. 47.

(21) Vid. JIMÉNEZ, G., *Los propietarios (...)*, op. cit., p. 387.

(22) Vid. GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 320.

(23) Tal es así que su primer discurso de apertura del año judicial en 1917 lo dedica a la reforma del proceso contencioso-administrativo. Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales, 1 de septiembre de 1917*, La Habana, Librería e Imprenta “La Moderna Poesía”, 1917.

(24) Su Tesis fue sobre la noción de la pena. Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Tesis de Doctorado sobre la noción de la Pena*, Facultad de Derecho, 28 de junio de 1880.

(25) GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 316.

(26) DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (1917) (...)*, op. cit., p. 3.

Es esta gran vocación pedagógica, lo que lo hace retornar pronto a las aulas, cuatro años después. Sobre su producción científica, nos advierte Guerra López: “Escribió poco. No tuvo tiempo para ello. La muerte le sorprendió cuando tenía ordenados apuntes y notas para comenzar a redactar un Tratado de derecho Mercantil” (27). A pesar de esta aseveración, de Del Cueto se conservan varias de sus publicaciones —disertaciones, discursos, notas—. Destáquese su *Tesis de Doctorado sobre la noción de la pena* (1880); su disertación sobre la sociedad civil con formas mercantiles (1891) (28), su *Programa de Derecho Civil —Curso de las Personas y de la Propiedad—* (1921) (29) y su famoso discurso *La ley reina, la jurisprudencia gobierna* (1918), con el que inauguró el año judicial (30).

III. LA CUESTIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO EN CUBA. EL DISCURSO DE JOSÉ ANTOLÍN DEL CUETO

Las reflexiones de José Antolín del Cueto sobre la jurisprudencia, en su discurso, vinieron propiciadas por un hecho cierto: su falta de asidero legal en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano, problema que se lastraba desde finales de la etapa colonial. De esta manera, el Código civil español, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, establecía un sistema de fuentes formales en su art. 6º, donde no se encontraba reconocida la jurisprudencia ni siquiera con carácter supletorio. En tal sentido establecía la parte final de dicho precepto:

“El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho” (31).

En palabras de González Monzón, este precepto del Código civil tuvo múltiples reacciones en la doctrina cubana, coincidiendo en el reconocimiento que posee la jurisprudencia como orientación material, así como la función armonizadora que con respecto a las tendencias interpretativas estas suponen (32). De esta manera, un autor como Entenza Escobar, en su

(27) GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 323.

(28) Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *De la sociedad civil con formas mercantiles*, disertación leída en la apertura de la Academia de Derecho, La Habana, Imprenta y Papelería La Universal de Ruiz y hermano, 1891.

(29) Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Programa de Derecho Civil, 1er Curso — De las personas y de la propiedad* (Orden Militar nro. 345, de 6 de septiembre de 1900), Cátedra B, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, La Habana, Imprenta O’Reilly, 1921.

(30) Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído (...) 2 de septiembre de 1918*, op. cit.

(31) Art. 6º del Código civil español de 24 de julio de 1889, publicado en Boletín Oficial del Estado de 9 de julio de 1974.

(32) GONZÁLEZ MONZÓN, A., op. cit., p. 172.

estudio sobre el art. 6º, establecía que resultaba imposible negar la normatividad que posee la jurisprudencia: como propulsora de normas consuetudinarias e inspiradora de normas abstractas ⁽³³⁾.

Si buscamos los antecedentes del fenómeno en Cuba, debemos remontarnos a la legislación colonial. Antes de la promulgación del Código civil español, e incluso de la Ley adjetiva en materia procesal, el Real Decreto de 30 de enero de 1855 suprimió una prohibición que databa de 1815 y que impedía motivar autos y sentencias ⁽³⁴⁾. El art. 183 de dicha Real Cédula establecía que los jueces debían fundar todas las sentencias definitivas que dictaren tanto en materia civil como criminal y las interlocutorias, exponiendo clara y concisamente el hecho y la ley o doctrina legal en que se apoyaba el fallo. La importancia de esta disposición lo expone con precisión Bruzón:

“La relevancia de este precepto no solo radica en admitir que mediante la argumentación de las sentencias quedaban espacios abiertos hacia una mayor creatividad en la función judicial, sino que reconoce expresamente la posibilidad de sustentar el fallo en la doctrina legal” ⁽³⁵⁾.

El propio Del Cueto, en su discurso, se refería también a la relevancia de esta Real Cédula: “Desde entonces, no por la práctica sino por el mismo texto legal, la jurisprudencia se equipara a la Ley” ⁽³⁶⁾. Asimismo, en este periodo colonial ve la luz en Cuba la *Revista de Jurisprudencia* ⁽³⁷⁾, que, si bien se proponía llegar a un público amplio, no dejan de ser interesantes los temas que ella abordaba y el propósito que se trazaba. El término “jurisprudencia” no debe tomarse como la doctrina emanada del tribunal jerárquico superior, sino como actividad decisoria material. En su primera página, la revista, a guisa de explicación pertinente, exponía:

“La *Revista de Jurisprudencia* (...) se propone ante todo ser eminentemente práctica, proporcionando a los hombres de negocios, en todas las esferas de la sociedad, el conocimiento de su derecho, con las ilustraciones científicas necesarias y muy particularmente con la acumulación concienzuda y razonada de todos los hechos y sentencias que contribuyan a dar a nuestra Jurisprudencia local una fisonomía determinada” ⁽³⁸⁾.

(33) ENTENZA ESCOBAR, P. F., *La norma jurídica civil (Estudio del artículo 6 del Código Civil)*, La Habana, J. Cebrián Editor, p. 99.

(34) Esta disposición se complementaba con la Circular de la Audiencia Pretorial de La Habana, de 26 de abril de 1855, reconociendo la imposibilidad de la ley de comprender todos los casos discutidos en pleitos y causas judiciales, por lo que debía buscarse el fundamento del fallo en las razones derivadas de otras leyes análogas, de las resoluciones dadas por los tribunales superiores, de las reglas de la crítica legal y de la opinión de expositores del derecho de autoridad reconocida. Vid. BRUZÓN VILTRES, C. J., “La jurisprudencia (...)”, op. cit., ps. 84 y 85.

(35) *ibíd.*, p. 84.

(36) DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...)*, op. cit., p. 21.

(37) Vid. *Revista de Jurisprudencia*, t. I, La Habana, Imprenta de Spencer y Compañía, 1856.

(38) *ibíd.*, p. 4.

Lo cierto es que no es hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, hecha extensiva a Cuba por Decreto de 9 de diciembre de 1865, que la jurisprudencia no se convierte en centro de debate. La Ley adjetiva incluía entre las causales de casación, en su art. 1012, la infracción de la doctrina legal ⁽³⁹⁾, figura que fue posteriormente equiparada a la jurisprudencia, como estableció el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias ⁽⁴⁰⁾ y así lo reitera Bustamante y Montoro cuando alude: “La doctrina legal, como claramente se infiere de las sentencias dictadas, coincide con el concepto de la jurisprudencia” ⁽⁴¹⁾.

Baró Pazos también se refiere a este particular de la casación civil en el Tribunal Supremo español, que tenía su origen en el recurso de nulidad de 1838 y que a partir del propio 1855 fue concebido, en puridad, como casación. La infracción de doctrina legal “fue interpretado como vulneración de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, adquiriendo así su doctrina una naturaleza equiparable a la de la propia doctrina legal” ⁽⁴²⁾.

Siguiendo los pasos de la codificación metropolitana, la Ley procesal española de 1881 fue hecha extensiva a Cuba también, por Real Decreto de 20 de julio de 1882. El art. 1689 reconoció nuevamente como causales de casación, a la infracción de ley y de doctrina legal. De igual manera, la Ley de Enjuiciamiento de 1881 añadía como motivo de casación a las contravenciones que se cometieran por interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas aplicables al pleito y se admitían también como motivos, la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de ley o doctrina en la apreciación de las pruebas ⁽⁴³⁾.

Sobre el art. 1689 y las causales de casación que establecía, nos dicen Mendoza Díaz y Díaz Tenreiro:

“El concepto de Ley infringida nunca tuvo mayores complicaciones interpretativas y comprende todo el derecho aplicable, de conformidad con el catálogo de fuentes formales del sistema jurídico del país. No sucedió lo mismo con lo relativo a la doctrina legal, sobre la cual los autores españoles y los cubanos dedicaron bastante espacio a su estudio, en aras de determi-

(39) DEL CUETO, en su discurso de apertura de los Tribunales, encuentra oportuno espacio para hacer comentarios a las obras de la codificación española procedimentales en materia civil. Sobre la Ley de 1855 aludía: “La explícita admisión de la jurisprudencia como fuente de Derecho representó un progreso sobre la práctica francesa en la que la violación única que en casación puede invocarse es la del texto de Ley”. Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), op. cit., p. 21.

(40) BRUZÓN VILTRES, C. J., “La jurisprudencia (...)”, op. cit., p. 3.

(41) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho positivo cubano, 2a edición, La Habana, Jesús Montero Editor, 1937, ps. 17 y 18.

(42) BARÓ PAZOS, J., La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1992, p. 197.

(43) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), op. cit., p. 24.

nar su verdadero alcance, de tal suerte que se le denominó como ‘término perturbador’. (...) podemos resumir que se asimiló la doctrina legal con la jurisprudencia y por ello se le dio carácter vinculante a las soluciones que sobre un determinado aspecto legal emanaran del máximo órgano de justicia de forma reiterada”⁽⁴⁴⁾.

La situación respecto de la jurisprudencia se hace más compleja una vez que la Ley de Enjuiciamiento antecedió a la ley sustantiva civil que, como se apuntó *supra*, no reconoció en su art. 6º a la jurisprudencia como fuente de derecho.

En sentido general, la organización judicial en Cuba se transformó bastante en las últimas décadas de la colonia, no solo al hacerse extensivas las obras de la codificación, sino también, al establecerse el Tribunal Supremo español como segunda instancia en el conocimiento de los recursos de casación civil y penal. La importancia de este órgano no puede soslayarse ya que, en palabras de Bahamonde Rodríguez, “fue el primero de su tipo que actuó en la nación durante el siglo XIX, y contribuyó a conformar una doctrina legal que influyó en los juristas patrios hasta bien avanzado el pasado siglo”⁽⁴⁵⁾. Por debajo de este se encontraba la Audiencia Provincial de La Habana, única reinante en aquel lapso, y en la base los Juzgados de Partido y los jueces municipales a nivel local⁽⁴⁶⁾.

Al cese de la dominación española, y con la intervención norteamericana, se crea en 1899 el Tribunal Supremo cubano, lo que constituyó un nuevo elemento que matizó los debates doctrinales en Cuba acerca de la jurisprudencia. Asimismo, se puso en vigor la Ley de Casación por Orden Militar nro. 92 de 26 de junio de 1899, que retomó las causales establecidas en la Ley procesal española⁽⁴⁷⁾. Al respecto diría Matilla Correa:

“Con la Orden nro. 92, de 26 de junio de 1899, vendría un momento importante para la ordenación jurídica del régimen procesal en Cuba, pues determinaba el régimen jurídico general del ‘recurso de casación’. Con dicha normativa, debida en gran medida a José Antonio González Lanuza (...) se establecía una norma específica para regular las cuestiones esenciales sobre el recurso de casación, de aplicación tanto a las cuestiones civiles,

(44) MENDOZA DÍAZ, J. y DÍAZ TENREIRO, C., “Tema X. Los medios de impugnación”, en Ivonne PÉREZ GUTIÉRREZ (coordinadora), Derecho procesal civil, La Habana, Félix Varela, 2014, p. 495.

(45) BAHAMONDE RODRÍGUEZ, S. A., “Apuntes sobre la evolución histórica de la administración de justicia en Cuba”, en Yumil RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coordinador), Los tribunales en Cuba. Pasado y actualidad, La Habana, Ediciones ONBC y Oficina del Historiador de la Ciudad, 2013, p. 3. También puede consultarse: Organización y competencia de los juzgados y tribunales de la isla de Cuba, La Habana, Imprenta del Gobierno, Capitanía General y Real Audiencia Pretorial, 1855.

(46) BAHAMONDE RODRÍGUEZ, S. A., “Apuntes sobre la evolución histórica (...)”, op. cit., p. 21.

(47) La Orden 92 de 1899 en su art. I establecía: “Al efecto de determinar los casos en que proceda el recurso de casación en materia civil, se estará a lo dispuesto en los artículos del 1687 al 1699, ambos inclusive, de la ley de Enjuiciamiento Civil, que continuarán en vigor en los propios términos en que se consignan por la expresada Ley.”

como criminales (...). Con ello, se adoptaba una concepción unitaria en la regulación normativa de la técnica casacional, dejándose a salvo, por la vía de la remisión en su aplicación, algunos aspectos de las anteriores regulaciones al respecto, contenidas en las precedentes leyes de Enjuiciamiento Civil (art. I de la Orden No. 92) y Criminal (art. II de esa misma orden)”⁽⁴⁸⁾.

Con el inicio de la República, la Constitución de 1901 reconoció en su letra al Tribunal Supremo en la cúspide de la organización judicial⁽⁴⁹⁾. Son múltiples las investigaciones que, en adelante, durante el periodo republicano y con la Constitución de 1940, se adentraron en el estudio de la judicatura desde el punto de vista orgánico y constitucional⁽⁵⁰⁾, así como del recurso de inconstitucionalidad reconocido desde 1901, también como facultad del Tribunal Supremo⁽⁵¹⁾. Asimismo, en 1908 se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial, durante la segunda ocupación norteamericana⁽⁵²⁾.

Por otra parte, los repertorios de jurisprudencia no faltaron en Cuba. Baste mencionar durante la etapa republicana a algunos de ellos como: el *Prontuario de Betancourt sobre la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo (1916)*⁽⁵³⁾; la compilación de Montagú sobre jurisprudencia en materia civil, contenciosa administrativa y de inconstitucionalidad

(48) MATILLA CORREA, A., “Brevisima presentación histórica del Derecho Procesal en Cuba hasta 1976”, *Revista Cubana de Derecho*, nro. 42, IV Época, La Habana, julio-diciembre de 2013, ps. 21 y 22.

(49) Al respecto puede verse el Título X, del Poder Judicial de la Constitución de 1901, en BARRERAS, A., *Textos de las Constituciones de Cuba*, La Habana, Minerva, 1940, p. 158. Con respecto a la Constitución de 1940, esta regula lo concerniente al poder judicial en el Título XIV; puede verse en BARRERAS, A., *Textos (...)*, op. cit., ps. 529 y ss.

(50) VALDÉS MARTÍ, J., *Ineficacia del poder judicial*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza y Co., 1921; PORTUONDO, A. E., *La independencia del poder judicial*, Santiago de Cuba, Imprenta El Lápiz Rojo, 1922; DE HECHAVARRÍA LIMONTA, L., *El derecho constitucional en relación con el poder judicial en Cuba*, Manzanillo, El Arte, 1936; CASASÚS, J. JE y J. B. MORÉ, *La Asamblea Constituyente y el poder judicial*, Santa Clara, 1939; DE MONTAGÚ, G., *El poder judicial y la Constitución y otros estudios*, La Habana, Cultural S.A., 1951.

(51) Art. 83-4, de la Constitución de 1901. Puede consultarse en BARRERAS, A., *Textos (...)*, op. cit., p. 159. La Constitución de 1940 tuvo la novedad de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, lo cual puede verse en el precepto 182 que lo prevé. Puede consultarse en BARRERAS, A., *Textos (...)*, op. cit., p. 533. Sobre el recurso de inconstitucionalidad pueden consultarse: HERNÁNDEZ CORUJO, E., *La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza y Ca., 1935; MAZA, E., “El recurso de inconstitucionalidad: contribución al estudio de la acción”, *Revista Cubana de Derecho*, nro. 4 (72), Año XVIII, octubre-diciembre de 1944, ps. 289 y ss.; LEZCANO y MAZÓN, J. M., *Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, La Habana, Librería Selecta, 1949; ZAYDÍN y MÁRQUEZ STERLING, R., *Recurso de Inconstitucionalidad establecido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, La Habana, 1953.

(52) CARRERAS, J. A., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ciudad de La Habana, Pueblo y Educación, 1985, p. 405; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, La Habana, Félix Varela, 2005, ps. 232 y 233.

(53) BETANCOURT, Á., *Jurisprudencia cubana. Prontuario por orden alfabético de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de la República de Cuba (varios tomos)*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., 1916.

(1941)⁽⁵⁴⁾; o la obra de Sánchez Roca, donde aúna a la ley con la jurisprudencia como fuentes y al que titulase *Leyes civiles de Cuba y su Jurisprudencia* (1954)⁽⁵⁵⁾, por solo mencionar algunas. Las recopilaciones de jurisprudencia evidenciaban, por una parte, que esta era un fenómeno de la realidad con carácter normativo y, en última instancia, resaltaba también su valor en la práctica jurídica.

Lo anterior pone de relieve los ámbitos en los que se ceñiría el debate en el cual Del Cueto sería una voz pionera y de relevancia científica al partir de la existencia cierta de la jurisprudencia como fuente. Sus palabras iniciales, como presidente del Alto Foro cubano, no dejan espacio a la duda respecto de su posición:

“El papel preponderante de la jurisprudencia en la aplicación del Derecho a pesar de que nuestros cuerpos legales desconocen su existencia o la proscriben, es uno de los ejemplos más característicos del contraste que con frecuencia se ofrece entre el Derecho como norma escrita en los textos y el Derecho como se manifiesta y vive en la realidad”⁽⁵⁶⁾.

Empero, el criterio de Del Cueto no fue pacífico ni seguido por parte de la doctrina. Entenza Escobar, si bien reconocía la normatividad de la jurisprudencia, no la consideraba como fuente, a partir de la contradicción antes expuesta entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil español⁽⁵⁷⁾, este último reconociendo como fuentes a la ley, la costumbre y, en su defecto, los principios generales del derecho, y como dijese José Antolín del Cueto, “silenciándose la jurisprudencia del Tribunal Supremo como si se ignorara su existencia”⁽⁵⁸⁾.

Para Del Cueto, la costumbre y los principios generales del derecho, que sí reconocía el Código civil, no tendrían el reconocimiento de normatividad y verdadera fuente hasta que no existiese una jurisprudencia que lo reconociese así, lo cual estaba amparado en las sentencias del Alto Foro⁽⁵⁹⁾. Por lo tanto, en última instancia y a pesar de su preterición, la jurisprudencia vivía de hecho y en posición más privilegiada que las antes mencionadas, que necesitaban de esta. Lo anteriormente dicho conecta también con una cuestión debatida en la época, y es lo referido a los principios generales del derecho como fuente, reconocidos en la parte final del art. 6º del Código Civil.

(54) DE MONTAGÚ, G., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia civil, hipotecaria, contencioso-administrativa y de inconstitucionalidad* (varios tomos), La Habana, Cultural S. A., 1941.

(55) SÁNCHEZ ROCA, M., *Leyes civiles y su Jurisprudencia*, varios tomos, La Habana, Lex, 1954.

(56) Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído (...)*, 2 de septiembre de 1918, op. cit., p. 3.

(57) ENTENZA ESCOBAR, P. F., *La norma jurídica civil (...)*, op. cit., p. 54.

(58) DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído (...)*, 2 de septiembre de 1918, op. cit., p. 24.

(59) *ibíd.*, ps. 24 y 25.

Por ello es que un autor como Desvernine, diez años después del discurso de Del Cueto, en su obra *Estudios fundamentales de derecho*, citaba al jurista Scaevola y disienta de la doctrina del Tribunal Supremo, “en el sentido de que, a su entender, los principios generales del Derecho valen por sí, sin necesidad de precepto legal o doctrinal que los apadrine y otorgue el visto bueno” ⁽⁶⁰⁾. Asimismo, Desvernine continúa citando a otro consabido autor español como Sánchez Román, quien consideraba que la jurisprudencia no tiene ya carácter de ley ni puede equipararse a los principios generales del derecho que, como ley, declara aplicables el art. 6º del Código Civil español ⁽⁶¹⁾. En la lógica de Desvernine —coincidente con Entenza en ese sentido ⁽⁶²⁾—, se encuentra el conflicto de la Ley sustantiva con la procesal y el cuestionamiento de la supervivencia o no del precepto de casación fundamentado en la doctrina legal. Los argumentos de Desvernine son los siguientes:

“Que la doctrina del Supremo (...) no tiene, después de promulgado el Código civil, fundamentos legales (...). Antes de regir el Código se observaba esa doctrina en el sentido de que se requerían dos o más sentencias del Tribunal Supremo para fundar un recurso de casación por infracción de doctrina legal, recurso que venía autorizado por la ley de Enjuiciamiento civil que se estableció el referido recurso de casación no solo por infracción de ley, sino también por infracción de doctrina legal. Esta era, al empezar a regir el Código Civil, la legalidad vigente. Al promulgarse, sin embargo, el Código, quedó derogada toda la legislación civil anterior según la cláusula final del art. 1976 (...). De modo que (...) con esta cláusula derogatoria quedó también derogada la misma ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al valor de ley que confiere a la llamada doctrina legal” ⁽⁶³⁾.

Otra de las opiniones importantes viene de la pluma de Bustamante y Montoro, defensor de la jurisprudencia como lo fue Del Cueto. Planteaba que el término “doctrina legal” coincide con el término “jurisprudencia”, de manera que la norma que de ella emana está situada en el mismo rango de fuente jurídica que la ley, aunque precedida de una conjunción disyuntiva que le da carácter supletorio. Reconocía, asimismo, que la jurisprudencia tiene, del mismo modo que la ley, un ámbito de aplicación extrajudicial ⁽⁶⁴⁾.

Del mismo modo, Bustamante y Sirvén, en su *Proyecto de Código Civil para Cuba*, en 1940 preveía en su art. 4º la regulación de las fuentes: en primer orden la ley; a falta de aquella la costumbre del lugar y la doctrina con-

(60) DESVERNINE y GALDÓS, P., *Estudios fundamentales de Derecho*, La Habana, Librería Atenea, 1928, p. 192.

(61) *ibíd.*, p. 197.

(62) ENTENZA ESCOBAR, P. F., *La norma jurídica civil (...)*, op. cit., p. 54.

(63) DESVERNINE y GALDÓS, P., *Estudios fundamentales (...)*, op. cit., p. 198.

(64) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *La jurisprudencia en la jerarquía (...)*, op. cit., ps. 17 y 18.

tenida para casos idénticos en más de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia; en tercer lugar y, en defecto de ambas, a los principios generales del derecho ⁽⁶⁵⁾.

Otro grupo de autores cubanos de gran talla científica abogaba por la importancia de la jurisprudencia a partir de la función que tiene para el juez, sin llegar a un debate expreso acerca de las fuentes. Se trata de una justificación de índole práctica que, en muchos de los argumentos expuestos, recuerda la lógica seguida por Del Cueto, quien, juez al fin, reconocía el papel de la jurisprudencia en la labor diaria de los tribunales cubanos.

Es así que un autor relevante como Álvarez Tabío hacía una defensa importante sobre el papel de la jurisprudencia desde la filosofía y la historia, sin entrar en el debate o contradicción normativa. El mencionado autor explica cómo se había ido desvaneciendo la visión limitada de la función judicial con el juez autómatas que aplica la ley, típica del modelo ochentista ⁽⁶⁶⁾. Ya José Antolín del Cueto, desde su discurso, advertía el origen histórico del modelo de juez que se había seguido, limitado a la aplicación de la ley ⁽⁶⁷⁾. Para Álvarez Tabío, nadie pone ya en duda la función creadora que lleva el juez sobre sus hombros y el papel que desempeña la jurisprudencia para la ciencia jurídica. Resulta interesante mencionar que, al igual que Del Cueto, encuentra en el polémico art. 6º del Código Civil, el alma del desarrollo jurisprudencial. Del Cueto lo hacía en su momento apelando al principio de *non liquet* que preveía el citado precepto: si el juez debe dar un fallo y esta es una obligación legal, allí inicia su labor creadora ⁽⁶⁸⁾.

Resultan muy interesantes también las reflexiones de otro presidente del Tribunal Supremo: Gutiérrez y Quirós, quien, sin entrar tampoco en el análisis de las fuentes, sí alude a la labor creadora del juez, a la interpretación y al valor justicia, elementos también abordados por Del Cueto y por Cossio en sus respectivas obras. Se trata de otro discurso de apertura del año judicial, esta vez en 1927, y en algunas de sus reflexiones parecemos encontrar la impronta de José Antolín del Cueto.

Al respecto, nos dice: “El juez suele resolver los asuntos a su cargo, tomando desde un principio el cauce de las opiniones ajenas” ⁽⁶⁹⁾. Nos parece advertir en esta declaración el papel de la jurisprudencia como guía en la interpretación judicial. Asimismo, resalta el valor del propio criterio del juez,

(65) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN, A., Proyecto de Código Civil de Cuba, La Habana, Editor Carrasa, 1940, p. 9.

(66) ÁLVAREZ TABÍO, F., “Tesis” en ÁLVAREZ TABÍO, MÁRQUEZ de la CERRA y MARTÍNEZ VÉLEZ, Legalidad y justicia, La Habana, Jesús Montero Editor, Obispo 521, 1950, ps. 37 y 38.

(67) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), op. cit., ps. 7 y 8.

(68) ÁLVAREZ TABÍO, F., “Tesis,” op. cit., p. 51.

(69) GUTIÉRREZ y QUIRÓS, J., Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, 1 de septiembre de 1927, La Habana, 1927, p. 7.

cuando no tiene asidero ni legal ni jurisprudencial para asentar su decisión, lo que lleva directamente a esa labor pretoria que debe desempeñar. Así, nos dice Gutiérrez y Quirós que el juez debe tener claro su opinión y criterio *a priori*, antes de buscar sustento a ella, por lo que debía “definir bien por cuenta propia su opinión, cada vez que esto sea posible antes de acudir a la doctrina o a la jurisprudencia, es práctica que nos parece buena. Así no perderá el que administra justicia la facultad de discurrir por sí mismo, que no pocas veces se encuentra el juez a solas con sus recursos intelectuales, en aquellos casos en que no le es dable contar con el auxilio de la opinión de otros” (70).

Igualmente, Fernández Camus mencionaba la importancia de la labor del Tribunal en el análisis de los hechos y en la búsqueda de la justicia. En su concepto, el derecho, en todas sus ramas, se subjetiviza, lo que trae como consecuencia el auge que cada vez más tiene el arbitrio judicial, de cuyo único modo puede valorarse lo que al primer examen pudiera parecer peligroso, según injustas interpretaciones (71).

Lo anterior resulta interesante, toda vez que Cossio en *El Derecho en el Derecho judicial* se refiere al papel de la jurisprudencia en la objetividad de la interpretación judicial: “[P]ara saber cómo debe aplicarse la ley a la resolución judicial de un caso, hay que partir necesariamente de la conciencia real del juez (...) del modo concreto e histórico como el juez entiende todos los valores jurídicos” (72). Por supuesto, respecto de estos valores jurídicos, Cossio privilegia a la justicia y al valor orden, como esenciales en el quehacer del juez.

Posición semejante adoptó en la doctrina cubana un autor como De Montagú, al abogar por la libertad del juez en la interpretación judicial, como creador de derecho que tenía en la justicia la fuente de decisión primordial ante la imposibilidad de la ley escrita para prever todas las soluciones posibles e incluso en el caso de la eventual injusticia de la norma (73).

Es necesario resaltar, además, las tres obras que dedicó Núñez y Núñez a tratar temas jurisprudenciales, como lo fuesen sus *Tópicos* (74), *Trazos* (75) y *Dictámenes* (76) de jurisprudencia, lo que pone de manifiesto que la produc-

(70) *ibíd.*

(71) FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica contemporánea*, 1a edición, con prólogo de Hans Kelsen, La Habana, Jesús Montero Editor, 1932, p. 149.

(72) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, op. cit., p. 153.

(73) DE MONTAGÚ, G., *El juez ante la norma injusta y otros estudios*, La Habana, Lex, 1944, p. 16.

(74) Vid. NÚÑEZ y NÚÑEZ, E., *Tópicos jurisprudenciales*, La Habana, Jesús Montero Editor 521, Obispo, 1948.

(75) Vid. NÚÑEZ y NÚÑEZ, E., *Trazos de la jurisprudencia*, La Habana, Jesús Montero Editor 521, Obispo, 1948.

(76) Vid. NÚÑEZ y NÚÑEZ, E., *Dictámenes de la jurispericia*, La Habana, Jesús Montero Editor 521, Obispo, 1950.

ción científica en torno a esta fuente no dejó de ser un tema abordado en la primera mitad del siglo XX, desde diferentes aristas.

Lo anteriormente expuesto deja en el tintero cómo se fue abordando el debate sobre la jurisprudencia en Cuba; algunos de los últimos criterios, sustentados en la libertad del juez en la interpretación y la creación ante un vacío legal, fueron enarbolados por Del Cueto muchos años antes en su famoso discurso, del cual se analizarán de inmediato algunos de sus aspectos más esenciales.

Con justicia, Guerra López dedicaba un espacio importante en su elogio a Del Cueto, para exponer la relevancia que en su tiempo tuvieron sus palabras:

“Su discurso que intituló ‘La ley reina y la jurisprudencia gobierna’, con que inauguró el año judicial de 1918 a 1919, es tan profundo estudio, que mereció el aplauso de Jurisconsultos franceses tan eminentes como Duguit y Gény. Con él, de manera arrogante como nadie pudo soñar, eleva la misión de la Jurisprudencia, y de la Magistratura dignificándolas, colmándolas de gloria, y se hace acreedor a que nuestro Poder Judicial lo llame su Jefe Máximo y el verdadero escultor de Astrea”⁽⁷⁷⁾.

IV. LOS PUNTOS DE CONCORDANCIA ENTRE EL PENSAMIENTO DE JOSÉ ANTOLÍN DEL CUETO Y CARLOS COSSIO

De las palabras expuestas por Cossio sobre Del Cueto en *El Derecho en el Derecho Judicial*, puede parecer, quizás, que la frase “la ley reina, la jurisprudencia gobierna” es el único punto de contacto —aunque medular— en el pensamiento de ambos pensadores, encaminados a reivindicar el papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho. Empero, aludir tal argumento sería demasiado simplista, pues un estudio más profundo y contrastado entre estos dos autores permite encontrar líneas bastante similares y concordantes en el abordaje del problema.

El primer punto de contacto es la idea de que la jurisprudencia y la doctrina se complementan, en una suerte de comunión, que no ha sido pacífica desde el punto de vista histórico, pero que en la contemporaneidad resulta indudable. De esta manera, Cossio aboga por que la experiencia jurídica que aporta la jurisprudencia sea tenida en cuenta por la doctrina, para poder hablar del derecho desde el punto de vista científico⁽⁷⁸⁾. En esta misma línea de pensamiento, se pronunciaba Del Cueto cuando afirmaba algunos

(77) GUERRA LÓPEZ, J., “José Antolín del Cueto”, op. cit., p. 319.

(78) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, op. cit., p. 167.

años antes que la jurisprudencia y la doctrina no se hallan en pugna, sino que viven compenetradas en las decisiones judiciales ⁽⁷⁹⁾.

Asimismo, el jurista cubano, sin hacer una clasificación tan precisa como la hecha por Cossio tiempo después, advierte la dificultad del término “jurisprudencia” y en su estudio, la aborda desde sus variadas acepciones: en primer orden, la jurisprudencia como repertorio de casos o colecciones de fallos, a los que otorga un importante valor como fuente de conocimiento para las jueces; al respecto, aludía en su discurso: “[L]a jurisprudencia va sobreponiendo su autoridad (...) y sus máximas llevadas al Repertorio, en ese libro modesto vinculan la fuerza, la vida, dejando al texto legal, a modo de consuelo, la melancólica majestad del soberano en decadencia” ⁽⁸⁰⁾.

En este sentido, es muy importante poner de manifiesto la importancia de las revistas jurídicas en la divulgación de la jurisprudencia durante el siglo XX. Por una parte, porque algunas de estas publicaciones, sin abordar en su totalidad el ámbito judicial, conjugaban las secciones de doctrina propiamente, con otras dedicadas al estudio de sentencias. En segundo lugar, porque vieron la luz otras revistas más especializadas dedicadas al foro o a la jurisprudencia en particular.

De esta realidad descrita no escapó Cuba, el propio Del Cueto en su discurso alude a la importancia de los comentarios o anotaciones de los fallos “que los más preclaros juristas escriben en Revistas profesionales haciendo de estos trabajos la obra maestra de la bibliografía jurídica moderna” ⁽⁸¹⁾.

Las revistas cubanas de la primera mitad del siglo XX son un ejemplo de las palabras de Del Cueto. Es posible hallar en la *Revista Cubana de Derecho*, fundada poco después, la sección de jurisprudencia, de la misma manera que puede mencionarse otras revistas de importancia en la época, como lo fueron la *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, la *Revista Repertorio Judicial*, *Repertorios de Jurisprudencia y Jurisprudencia al Día*, la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, a la par de repertorios judiciales hechos por autores privados, a los que ya se hizo referencia. En palabras de Bruzón: “La publicidad de la jurisprudencia adquirió (...) una relevancia incontestable, siendo también nota característica en este proceso evolutivo la proliferación de criterios doctrinales sobre la definición, carácter y efectos de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho” ⁽⁸²⁾.

(79) Al respecto aludía: “La jurisprudencia y la doctrina no están en pugna. Pasaron por fortuna los tiempos en los que divorciadas se echaban respectivamente en cara la tendencia a la pura abstracción y la sumisión servil a la rutina. (...) Entre la doctrina y la jurisprudencia la vida del derecho mantiene un constante flujo y reflujo”. Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), op. cit., p. 26.

(80) *ibíd.*, p. 5.

(81) *id.*, p. 26.

(82) BRUZÓN VILTRES, C. J., “La jurisprudencia (...)”, op. cit., p. 89.

Algo semejante podemos resaltar de la realidad argentina. Con rigor, Pugliese realiza un estudio profundo que titula *Las revistas jurídicas en la Argentina en la primera mitad del siglo XX. Una mirada cultural y didáctica sobre el género* ⁽⁸³⁾. Luego de referirse a las publicaciones durante el siglo XIX, procede de inmediato al cambio de siglo. “Los albores del siglo XX permiten apreciar la notoria influencia de las revistas europeas, en particular las francesas, italianas y españolas” ⁽⁸⁴⁾.

La presencia de estas revistas extranjeras, los tópicos que en ellas se abordaban, así como su concepción y diseño interno para temas doctrinales o estudios de casos, resultó esencial para las dos revistas en la historia de esta clase en la Argentina: la *Revista de Jurisprudencia Argentina* y la *Revista Jurídica La Ley*. La primera fue fundada en 1918 por dos abogados y profesores universitarios: Leónidas Anastasi y Tomás Jofré. La segunda de ellas, la *Revista Jurídica La Ley*, fue editada a partir de 1935, e implicó una nueva experiencia para Anastasi, ya desvinculado de la *Revista de Jurisprudencia Argentina*.

“La impronta anastasiana se descubre sin mayor esfuerzo en las páginas de esta cuidada revista, pues a la recopilación de fallos y notas, agrega en sus páginas las secciones dedicadas a doctrina, legislación nacional, provincial y extranjera, jurisprudencia extranjera, bibliografía y revista de Revistas, con una dimensión que abarca más del 30% del total de páginas de cada número, que alcanza como promedio entre mil y mil doscientas” ⁽⁸⁵⁾.

Al respecto diría Del Cueto que la jurisprudencia en consorcio con la doctrina es la palanca poderosa de la cual se valen los tribunales para remover obstáculos y, adaptando los textos a las circunstancias del momento, darles satisfacción cumplida, convirtiendo así la función del Tribunal Supremo, meramente negativa en su origen, en uno de los más eficaces instrumentos del servicio público ⁽⁸⁶⁾. En esta idea expuesta subyace también la segunda acepción del concepto de jurisprudencia reconocida por ambos autores.

Tanto Cossio como Del Cueto reconocen a la jurisprudencia como el precedente que se invoca en una causa judicial o la sentencia que emana de los tribunales superiores. Así, nos dice Cossio que, en una acepción, un poco más precisa, la jurisprudencia es cuando se invocan los fallos de la Corte Suprema ⁽⁸⁷⁾. Sobre Cuba, ya se ha expuesto que el Tribunal Supremo

(83) PUGLIESE, M. R., “Las revistas jurídicas en la Argentina en la primera mitad del siglo XX. Una mirada cultural y didáctica sobre el género”, *Revista de Historia del Derecho*, nro. 47, Buenos Aires, INHIDE, enero-junio 2014, ps. 105-148.

(84) *ibíd.*, p. 110.

(85) *id.*, p. 113.

(86) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), *op. cit.*, p. 12.

(87) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, *op. cit.*, p. 168.

fue fundado en el periodo de intervención judicial norteamericano, por Orden Militar nro. 41 de abril de 1899 ⁽⁸⁸⁾. En relación con las peculiaridades de este órgano a poco tiempo de su creación, pueden verse las apreciaciones hechas por Dolz sobre su funcionamiento ⁽⁸⁹⁾.

Asimismo, Del Cueto dedica espacio a la casación, adentrándose en la historia tanto desde la óptica del procedimiento como desde el punto de vista orgánico, y llegando a la historia española desde el procedimiento de nulidad a la casación propiamente dicha y lo regulado por las Leyes de Enjuiciamiento, tanto la de 1850 como la de 1881 ⁽⁹⁰⁾.

En líneas generales, para el caso cubano, la casación no presenta mayor dificultad, no sucede lo mismo para el caso argentino, por su ausencia en materia Civil. Por ello es que Cossio guía su discurso a defender la presencia de la jurisprudencia como fenómeno indudable, e independiente de la existencia de la casación en materia civil, en contra de la opinión de algunos juristas españoles. Sus argumentos al respecto son los siguientes:

“Sobreentienden, pues, esos juristas que jurisprudencia, en un sentido riguroso y propio, solo es la casación; con lo cual no solamente se comente una petición de principio (...) sino que, además, se demuestra tener una estrechez mental para comprender el fenómeno jurídico típico de nuestra experiencia. A pesar de lo que ellos dicen, en la Argentina tenemos jurisprudencia; ciertamente no la de la casación que es una forma técnicamente perfecta o poco menos; (...) bien examinadas las cosas, el fenómeno de la jurisprudencia es un integrante, aquí como en cualquier parte, de la experiencia jurídica en general” ⁽⁹¹⁾.

Las palabras de Cossio ponen en el tintero el segundo punto de coincidencia de su pensamiento con el de José Antolín del Cueto. Sin duda, ambos aluden a la jurisprudencia como un fenómeno innegable de la realidad. Como se apuntó *supra*, las reflexiones del autor cubano estuvieron propiciadas por el no reconocimiento de la jurisprudencia, ni siquiera con carácter supletorio, en el art. 6º del Código Civil español.

Esta situación hizo comentar a Del Cueto que de la jurisprudencia no se ocupaban ni el Código civil ni el de Comercio, ni las Leyes de Enjuiciamiento ni la Orgánica del poder judicial, ni ninguna otra relativa a la función jurisdiccional ⁽⁹²⁾. Sin embargo, para Del Cueto este fenómeno no es más

(88) FERRER CAMPAÑÁ, E. J., “Breve historia de los orígenes del Tribunal Supremo de Cuba”, en Y. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coordinador), *Los tribunales en Cuba (...)*, op. cit., ps. 35 y 36

(89) DOLZ y ARANGO, R., “El Tribunal Supremo”, *Revista del Foro*, t. VI, Segunda Época, La Habana, Imprenta y Papelería La Universal de Ruiz y Hermano, 1899, ps. 12 y ss.

(90) DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...)*, op. cit., ps. 5-25.

(91) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, op. cit., ps. 168-169.

(92) *ibíd.*, ps. 3 y 4.

que el contraste, por demás frecuente, del derecho en la norma escrita y el derecho tal y como se manifiesta en la realidad. Por ello apuntaba:

“Si la existencia o la legalidad de las instituciones sociales, dependieran en todo caso de su reconocimiento por las leyes escritas, en presencia de ese silencio que guardan nuestros Códigos podría creerse que la jurisprudencia no existe o, de existir, arrastra una vida lánguida, sin valor ni energía” ⁽⁹³⁾.

Por supuesto, esta no resultaba ser la situación. Para José Antolín del Cueto, la jurisprudencia se encontraba viva, como un fenómeno que existe en la realidad jurídica y que no depende de reconocimiento legal para ello: “[L]a jurisprudencia, no obstante, su preterición por los textos, existe y prospera, tiene vida intensa, fecunda, legítima y provechosa, que se exterioriza en la diaria labor de los Tribunales” ⁽⁹⁴⁾. De esta misma manera, para Cossio la llamada cuestión sensible, derivada de su teoría egológica, permite afirmar que existe un fenómeno perceptible en la experiencia jurídica, que podemos llamar jurisprudencia. Este hecho, para Cossio es indubitado: existen fallos que tienen trascendencia, cuyo efecto gravita y se impone sobre los nuevos ⁽⁹⁵⁾.

Con respecto a los valores jurídicos, que tan importantes son para Cossio, José Antolín del Cueto en su obra resalta también la jerarquía de la justicia, tercer elemento que comparte con el autor argentino. De esta manera, en su discurso Del Cueto alertaba al auditorio aduciendo: “No olvides nunca que la justicia es un servicio público, el más importante de todos, y que los elementos para desempeñarlo son la cultura, la probidad y la entereza” ⁽⁹⁶⁾. De la equiparación de la justicia a un servicio público, se desprende la idea de que la conducta de los jueces debe estar encaminada a la realización de esta justicia mediante sus resoluciones judiciales, luego de un acucioso proceso valorativo y de ponderación.

Lo anterior reviste una gran importancia, pues para Cossio es precisamente en la valoración judicial como proceso donde se ponen en evidencia los valores jurídicos, los que enumera y jerarquiza. Para él, son valores jurídicos todos los valores intersubjetivos, estos forman un plexo, por esa característica de intersubjetividad que poseen. Sin embargo, los valores se pueden escalar por su jerarquía o dignidad, siendo la justicia el más excelso de los valores jurídicos y los demás de menor dignidad axiológica ⁽⁹⁷⁾. Esa búsqueda de la justicia como valor en la actuación judicial constituye, por tanto, un elemento de enlace entre el pensamiento de Cossio y de Del

(93) *id.*, p. 4.

(94) *id.*

(95) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, op. cit., ps. 169 y 170.

(96) DEL CUETO y PAZOS, J. A., *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...)*, op. cit., p. 29.

(97) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, op. cit., p. 176.

Cueto, que resulta bastante elocuente al momento de entender la función del juez y el fin primero y último de la sentencia.

Asimismo, es importante destacar en Cossio la relevancia del valor orden, que es otro punto de coincidencia entre ambos: para él se trata del primero, el más fuerte, el que obliga al juez a vencer más resistencia, personal y colectiva para poder transmutarlo ⁽⁹⁸⁾. Y es aquí que, como parte de su teoría egológica, plantea que los hechos tienen mucha importancia y que también influyen en la valoración judicial.

Del Cueto, en cierta manera, llega a la misma conclusión, ya que aludía a que había que fallar dentro de los términos de la disputa, según lo alegado y probado, en conformidad con las cuestiones jurídicas debidamente propuestas. Por supuesto, los términos de la disputa incluyen tanto los hechos como los fundamentos de derecho. A estos últimos les atribuye gran importancia en los considerandos de las sentencias, que han de ser congruentes con los puntos de derecho ventilados en el pleito ⁽⁹⁹⁾.

Cossio, con agudeza, advierte que la jurisprudencia es el hecho más importante de todo pleito, teniendo en cuenta que la legalidad va a ser siempre la misma. “Como todo pleito se produce teniendo un determinado contenido jurídico, la jurisprudencia de su momento sobre él, (...) es la circunstancia más decisiva e importante del pleito, como bien lo sabe cualquier abogado” ⁽¹⁰⁰⁾. Del Cueto, como buen abogado también, alertaba a estos sobre el papel de la jurisprudencia para ellos, la que consideraba cosa compleja. El abogado que vence en el pleito es, para Del Cueto, un colaborador del Tribunal, eslabón intermedio entre la generalidad de la ley y la teoría, y la relatividad de la declaración judicial que es, en última instancia, la solución concreta a un caso específico ⁽¹⁰¹⁾.

Para Cossio, la influencia o prestigio que ejerce la jurisprudencia sobre los nuevos fallos, constituye un hecho, un hecho que está vinculado necesariamente con ese valor orden que obliga al juez a fallar de forma semejante a su antecesor. En este sentido, indica:

“Si el valor orden se da positivamente como estabilidad en la repetición de las cosas y la influencia de un fallo sobre otro significa mantener esa repetición, quiere decir que al repetir un fallo (...) contribuye a crear el valor orden con signo positivo, que es justamente estabilidad en la repetición; (...) podrá haber jurisprudencia injusta, insegura, etc., como hay leyes injustas

(98) *ibíd.*, p. 178.

(99) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), *op. cit.*, p. 27.

(100) COSSIO, C., *El Derecho en (...)*, *op. cit.*, p. 182.

(101) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), *op. cit.*, p. 27.

e inseguras, pero lo que no puede haber es jurisprudencia que sea desorden”⁽¹⁰²⁾.

De esta manera, Del Cueto, más que el orden, resaltaba el valor de uniformidad, instando al auditorio a que cuidara que su jurisprudencia fuera uniforme, sin permitir que cayera en el estancamiento. “Uniforme” no quiere decir inmutable, el criterio judicial para Del Cueto no puede ser atrevido ni tímido. Mas alerta acerca de que la uniformidad no puede volverse en quietismo, pues ello produciría el divorcio de la ley escrita con la realidad, que es la razón de ser de la jurisprudencia⁽¹⁰³⁾. Cossio, siguiendo esta línea, aludía a que pensar bien la jurisprudencia es pensar bien la realidad jurídica⁽¹⁰⁴⁾.

Asimismo, la concordancia de fallos a la que aludía Cossio, en función del valor orden o de la uniformidad, para José Antolín del Cueto responde a la visión de la jurisprudencia como labor de reiteración: se trata en la práctica de fallos análogos en casos de similar naturaleza, provenientes de las salas del órgano de mayor jerarquía en el entramado judicial. En este sentido se pronunciaba José Antolín del Cueto en su discurso cuando expresaba que “Los Tribunales no aplican los textos de Ley sino en el sentido en que los interpreta la jurisprudencia. Luego, en verdad, esta es la que se aplica”⁽¹⁰⁵⁾.

Por consiguiente, para él existe una mayor sujeción de los jueces, no al criterio de la ley, sino al criterio de interpretación sobre la ley que se ha verificado en una jurisprudencia anterior. Por ello, Del Cueto recae en la misma consideración que Cossio sobre este particular. Para este último, lo que el juez busca en la jurisprudencia es objetividad, influye necesariamente en los asuntos judiciales para dotar de objetividad a su decisión⁽¹⁰⁶⁾.

Empero, Cossio no se refiere únicamente a la jurisprudencia en su función de reiteración, sino a la jurisprudencia como creación, *a fortiori*, entendiéndose así, de concordancias hacia el futuro a partir de una decisión que resulte precursora, y esta es otra idea importante que comparte con Del Cueto. Puede existir jurisprudencia cuando en la decisión de un Tribunal superior “hay una concordancia no actual, sino que se actualizará, por la razón que el tribunal superior tiene la valoración jurídica suprema y la va a

(102) COSSIO, C., El Derecho en (...), op. cit., p. 180.

(103) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), op. cit., p. 29.

(104) COSSIO, C., El Derecho en (...), op. cit., p. 185.

(105) Y continúa aduciendo: “A las relaciones actuales de la Ley con la jurisprudencia cuadra aquella frase con la que Thiers definió la situación del Rey Constitucional: La Ley reina y no gobierna. La Ley manda, pero quien gobierna en su nombre el vasto campo de las actividades jurídicas, es la jurisprudencia”. Vid. DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), op. cit., p. 29.

(106) COSSIO, C., El Derecho en (...), op. cit., p. 183.

imponer”⁽¹⁰⁷⁾. En consecuencia, para mantener el orden, *a fortiori* los tribunales concordarán con ese fallo que ha establecido determinada interpretación⁽¹⁰⁸⁾.

Para el autor cubano, en muchos casos en los que la ley resulta inaplicable, por oscura o incompleta o incluso en caso de silencio o vacío legislativo, los tribunales han de hacer lo que se llama legislación pretoria, a la vieja usanza romana, como fuente que permite la evolución del derecho⁽¹⁰⁹⁾. Por supuesto, esta función pretoria se desprende del principio de *non liquet*, es decir, la prescripción de que el tribunal siempre deberá dar un fallo al caso del que está conociendo.

Al momento del discurso de Del Cueto, este asunto resultaba una paradoja, pues el Código Civil español, vigente en Cuba, por una parte, reconocía en su art. 6º la responsabilidad del tribunal en el caso de que rehusase a fallar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, y por la otra, en el propio art. 6º, en su segundo párrafo, no reconocía el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho.

La lógica de su razonamiento sobre el principio de *non liquet* es aguda y certera: “Como a lo imposible nadie está obligado, la imposición del deber de fallar llevó consigo el otorgamiento de los medios adecuados para cumplirlo. Decirle al Juez que aplique una ley oscura es autorizarlo a que aclare su texto fijando su verdadera inteligencia. Mandarle que resuelva con una ley insuficiente es facultarlo para que se valga del medio supletorio que en el caso estime más adecuado. Constreñirlo a fallar en presencia del silencio de la Ley, que no ha previsto el punto a decidir, es darle la potestad de que por sí mismo formule la norma que haga las veces de ley”⁽¹¹⁰⁾.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En líneas generales, resulta atinado afirmar la influencia que tuvo para Carlos Cossio la obra de un jurista cubano como José Antolín del Cueto. Este último defendió como nadie en su momento, la importancia de la jurisprudencia como guía para el juez y su papel como fuente de derecho, pese a su preterición del sistema de fuentes previstas en la ley. Del Cueto concibió a la jurisprudencia como un hecho cierto, real, como un fenómeno diario de la práctica judicial en pos de la uniformidad y de la justicia como valor jurídico supremo.

(107) *ibíd.*, p. 181.

(108) *id.*

(109) DEL CUETO y PAZOS, J. A., Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales (...), *op. cit.*, p. 13.

(110) *ibíd.*, p. 10.

El análisis del controvertido punto lleva a Cossio y a José Antolín del Cueto a asumir cuestiones tan interesantes como la relación de complemento entre la doctrina y la jurisprudencia y el carácter complejo del concepto de esta última categoría; asimismo, concibieron a la jurisprudencia como fenómeno de la realidad jurídica, indubitable e incuestionable, lo que se convierte para ambos en un arma de defensa de esta fuente de derecho.

No escapa a la pluma ni de Cossio ni de Del Cueto la relevancia de la justicia como valor jurídico superior. Coinciden en que la reiteración y el criterio de uniformidad de la jurisprudencia son elementos esenciales de la función judicial, así como resaltan la labor creadora que desempeña el juez, en virtud del principio de non liquet. Todas estas cuestiones constituyeron el fundamento científico de su posición respecto del sistema de fuentes.

Esta convicción tan profunda sobre el valor de la jurisprudencia llevó a afirmar a Del Cueto en una de las frases más reconocidas de su discurso, que resulta atinada a manera de cierre:

“Y la jurisprudencia vive no solo debajo de la Ley, como vasalla, para aclarar su obscuridad y suplir su deficiencia, sino a su lado, como igual, para sustituirla cuando silencia el caso a decidir, y hasta por encima de la propia Ley para fijar la inteligencia que en la práctica ha de dársele y corregir como errónea cualquier interpretación que discrepe de la que la misma jurisprudencia estableció” ⁽¹¹¹⁾.

Este pensamiento, concentrado en la frase “la ley reina, la jurisprudencia gobierna”, resume esta concepción sobre la jurisprudencia en José Antolín del Cueto, que le sirviera a Carlos Cossio, muchos años después, como pauta para sus propias reflexiones sobre el fenómeno o, como dijese en su obra: para analizar cuánto de verdad se encierra en la máxima del jurista cubano.

(111) *íd.*, p. 4.

KELSEN Y COSSIO, DOS MIRADAS IUSFILOSÓFICAS A LAS LAGUNAS JURÍDICAS

Por Majela Ferrari Yaunner (*)

I. INTRODUCIENDO EL TEMA DE LAS LAGUNAS

El problema de las lagunas jurídicas es tan antiguo como el derecho mismo, aunque a ciencia cierta no podría puntualizarse el momento exacto en que comenzó a perturbar a los juristas. No obstante, una abundante polémica doctrinal e iusfilosófica lo ha acompañado, en un intento incesante por explicarlo y resolverlo. Su permanencia como preocupación teórica y práctica se debe a que las lagunas constituyen una realidad constatable en todos los sistemas jurídicos. Su identificación está íntimamente relacionada con el análisis deontológico de la plenitud del derecho que, desde el punto de vista práctico, se presenta como una insuficiencia ineludible, aunque no insalvable.

Las lagunas pueden ser identificadas, básicamente, como espacios carentes de regulación, situaciones para las que no se ha previsto por parte del legislador una norma jurídica. Sin embargo, esta enunciación no resulta suficiente, el problema es mucho más profundo y parte precisamente de definir si efectivamente existen, si aparecen en el derecho, o simplemente en la ley. Desde los propios cimientos del problema, pueden identificarse posiciones iusfilosóficas encontradas, generando una diversidad conceptual que trasciende a los métodos que se utilicen, o no, para solucionarlas, incluso a la idea misma acerca de si ante ellas se necesita alguna acción por parte de los juristas. Ello además alcanza a la consideración acerca de si lo que ha de solucionarse son las lagunas o los casos que se producen y que no encuentran asidero jurídico específico.

En cuanto a la primera de las cuestiones que debe solventarse, o al menos esbozarse, cabe destacar que la tendencia inicial, como se verá a continuación, ha girado en torno a negar la existencia de las lagunas, o solo a

(*) Profesora de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

mostrarlas como cierta particularidad del Derecho que puede ser estudiada, pero ante la cual los juristas son espectadores de manos atadas.

La teoría conocida como el *dogma de la plenitud* ha sido asidero de aquellos autores que niegan la existencia de lagunas. Desde una perspectiva histórica ⁽¹⁾, esta idea surge con la tradición romanista medieval a medida que el derecho romano, enunciado en el *corpus iuris*, se configura como derecho por excelencia. Posteriormente, dicho dogma devendrá parte integrante de la concepción estatalista del derecho, en virtud de la cual el Estado ostenta el monopolio de la producción jurídica, teniendo el derecho que ser capaz de contener una respuesta para todos los casos que ante él se planteen.

A finales del siglo XIX se produjo en Francia y en Alemania una reacción contra el formalismo normativista y contra el estatismo y el fetichismo jurídico que sostenían con firmeza el dogma de la integridad o plenitud del ordenamiento. Para el *Movimiento del Derecho Libre* ⁽²⁾, el derecho tenía lagunas, y para integrarlas era preciso confiar en la actividad creativa del juez. Este *Movimiento* significaba la impugnación más radical del método abstracto y formal de la dogmática ⁽³⁾, cayendo con frecuencia en una desformalización total de lo jurídico, en una ruptura entre lógica y derecho.

Los principales argumentos esgrimidos para justificar el dogma de la plenitud, han sido: *el argumento del espacio jurídico vacío, el de la norma general excluyente y el de la obligación de juzgar del juez*.

Pudiera decirse, a grandes rasgos, que los dos primeros muestran a un jurista inmóvil y solo intentan justificar ese inmovilismo. Puede considerarse que se apoyan en una interpretación un tanto restrictiva de un principio del derecho para aplicarlo a un fenómeno o problema técnico-normativo como el de las lagunas. Incluso, es este un ejemplo donde confluyen teoría y filosofía del derecho, en una ecuación en que los límites entre ambas disciplinas se muestran borrosos. Aquí, la filosofía del derecho se pone al servi-

(1) Vid. ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, 1ª edición, Madrid, Tecnos, 1989, p. 151.

(2) Francisco Gény es el paladín de la escuela científica francesa, la que critica a la escuela de la exégesis, repulsa el positivismo jurídico, distingue entre ciencia y técnica del derecho y propugna un doble juego de factores reales (sociológicos) y racionales (ideales) en la elaboración del derecho. Vid. HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, ps. 206-223, y BADENES GASSET, R., *Metodología del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2000, ps. 204-212.

(3) “Bajo el nombre de Dogmática se pueden abarcar aquellas direcciones de la ciencia del Derecho que arrancan de la Escuela Histórica e imperan en Alemania e Italia hasta nuestros días (...). Para la dogmática el Derecho está en los textos de la ley, en sus palabras, las normas no son otra cosa que las significaciones o conceptos expresados por esas palabras (...). Sobre el material normativo positivo dado, nada tiene que decir el jurista para aceptarlo o rechazarlo. Con relación a la obra hecha por el legislador, la tarea del jurista es meramente reproductiva; con relación al material que el legislador le suministra —la norma positiva— el jurista nada tiene que objetar: lo acepta dogmáticamente, su tarea consiste en ordenarlo”. Vid. AFTALIÓN, E. y GARCÍA OLANO, F., *Introducción al Derecho*, tomo II, 5ª edición, Buenos Aires, Librería “El Ateneo”, 1956, ps. 420-422.

cio de explicar, justificar, escudriñar en torno a un problema tan cotidiano y tan presente. Una vez más, las propias concepciones predominantes sobre el derecho empapan las reflexiones sobre los problemas prácticos que este presenta. Nuevamente, el positivismo hace de las suyas y en cierta medida limita y retrasa el progreso jurídico que debe generarse en el enfrentamiento práctico al problema de las lagunas.

La teoría del *espacio jurídico vacío* fue el primer argumento utilizado, se enfoca desde el positivismo, y fue esgrimido por Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892) ⁽⁴⁾. Según esta, existe siempre un conjunto de normas jurídicas reguladoras de la vida social, que imponen limitaciones a la libertad de actuación humana, lo que constituye el espacio jurídico lleno, sin embargo, queda siempre un espacio jurídico vacío definido por la ausencia de regulación, que constituye un espacio de libertad, quedando estos últimos casos en el plano de lo jurídicamente irrelevante y de esta forma se elimina la posibilidad de la existencia de lagunas.

Analizando esta teoría, refiere Bobbio:

“No existe un espacio intermedio entre el jurídicamente pleno y el jurídicamente vacío, donde se puedan colocar las lagunas: o hay ordenamiento jurídico y entonces no puede hablarse de lagunas, o existe la denominada laguna y entonces no hay más ordenamiento jurídico, y la laguna no es tal porque no representa una deficiencia del ordenamiento, sino sus límites naturales” ⁽⁵⁾.

De este modo, Bobbio, desde una postura que lleva el fenómeno un tanto a los extremos, devela que la laguna realmente se presenta independientemente de que existen relaciones y problemas que se desarrollan en lo que podemos denominar como otros ámbitos normativos. Ese límite natural del que habla el filósofo se encuentra precisamente en el hecho de que no todas las situaciones que aparecen en la realidad concreta de una sociedad tienen un respaldo jurídico, cuestión que en muchos casos depende de que efectivamente no lo necesitan. Por tanto, cuando se toma la plenitud como parámetro, esta se refiere a aquellas situaciones merecedoras de tutela jurídica, es decir, aquellas que merecen respaldo normativo.

Esta cuestión merece un breve análisis, por la relación que guarda con estas posturas negadoras de la existencia de lagunas, vinculadas al dogma de la plenitud. La decisión de regular jurídicamente unos y no todos los conflictos presentes en las relaciones sociales y humanas desemboca en el aná-

(4) Vid. SALGUERO, M., *Argumentación jurídica por analogía*, 1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 39, y DE BUEN L., D., *Las normas jurídicas y la función judicial*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009, p. 59.

(5) Vid. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, 5ª reimpression, Madrid, Debate, 1998, p. 231.

lisis obligado de definir cuáles son aquellas que lo merecen, cuestión que como plantea Latorre, corresponde al Estado:

“Las normas jurídicas son tales, no porque gocen de ninguna cualidad intrínseca y especial que les dé ese carácter, sino simplemente porque son respaldadas en su cumplimiento por el poder coercitivo del Estado, y el mismo Estado ha de determinar qué normas han de gozar de esa protección, es decir qué normas son jurídicas” ⁽⁶⁾.

Otro abordaje del tema lo realiza, aunque siguiendo esta misma línea, Fernández Bulté, quien plantea cuáles son, a su juicio, las circunstancias que impulsan al Estado a respaldar jurídicamente unas relaciones y no todas las que se presentan en la dinámica social cotidiana. En este sentido, el profesor cubano defiende como requisitos de las relaciones jurídicas que, en primer lugar, debe existir una relación material, cultural o espiritual, que, por su trascendencia, sea considerada importante para la reproducción del sistema, y, por tanto, deba ser amparada por el ordenamiento jurídico. En segundo lugar y, en consecuencia, esa relación debe estar recogida en una norma, no solo descrita hipotéticamente, sino también que sobre ella se disponga algo de contenido jurídico, ya sea el surgimiento, la modificación o extinción de deberes y derechos jurídicos. Por último, refiere el maestro, la necesidad de que de lo que sobre ella se disponga deriven consecuencias jurídicas que, por supuesto, cuentan con el respaldo estatal ⁽⁷⁾.

Después de este análisis, retomamos el argumento del espacio jurídico vacío, defendido por Santi Romano, quien considera al respecto que “se puede concebir perfectamente que un ordenamiento jurídico admita como principio fundamental la limitación a determinadas materias, de forma que las que quedan fuera hayan de ser consideradas como jurídicamente irrelevantes, formando por tanto un campo en el que no se reconocen ni derechos ni obligaciones. Y no se trata solo de una mera posibilidad, sino de una exigencia indeclinable de todo ordenamiento, si resulta cierto el axioma antes recogido de que ningún ordenamiento asume la pretensión de regular toda clase de actividades y manifestaciones individuales, sino simplemente las que interesan a sus fines” ⁽⁸⁾.

Según lo explicado anteriormente, es cierto que habrá relaciones irrelevantes para el derecho, pero eso no significa que todas las que este no prevea han sido valoradas y consideradas irrelevantes por el Estado. Esta idea simplifica un proceso que en la realidad es mucho más complejo, pero puede sintetizarse así para valorar sus efectos.

(6) Vid. LATORRE, Á., *Introducción al Derecho*, 7ª edición, Barcelona, Ariel, 1991, p. 15.

(7) Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, 2ª reimpresión, La Habana, Félix Varela, 2004, ps. 133 y 134.

(8) Vid. ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, ps. 316 y 317.

De esta forma no se resuelve o justifica la inexistencia de lagunas, pues su existencia parte de que quedan en el ordenamiento espacios vacíos que ciertamente merecen tutela jurídica. Además, esta teoría se concentra en una visión del derecho, que al parecer lo concibe como contentivo solo de prescripciones que permiten o prohíben, soslayando algo sin dudas, trascendental, especialmente en la modernidad, el ámbito de las libertades, poderes o facultades incluidas también en las normas jurídicas.

La crítica más fuerte a esta posición pudiera hacerse desde la perspectiva de la propia dinámica social, la que impone al derecho nuevos y constantes retos de regulación, sin que con ello se haga referencia a aquellas situaciones que realmente son jurídicamente irrelevantes, sino a las que merecen la tutela estatal mediante su positivización en la normativa jurídica, produciéndose un desfase entre las exigencias sociales y la velocidad de la actividad legislativa. De esta forma, las lagunas estimulan la creación y el perfeccionamiento normativo, incentivando al derecho a atemperarse a nuevas circunstancias merecedoras de tutela, ratificando su carácter dinámico y mutable.

Esta primera posición analizada parte, como se ha mencionado, de una visión de la plenitud, como un dogma que como tal sería irrefutable, una verdad que no admite discusión. La teoría del espacio jurídico vacío no es más que un argumento para justificar dicho dogma. Tampoco puede negarse que esta se desarrolla dentro de los marcos del positivismo, si se tiene en cuenta que, para este, la ley tiene todo lo que necesita, no hay que buscar nada fuera de ella, pareciera que no solo es plena, sino perfecta.

Los lectores de este trabajo se preguntarán entonces en qué momento se comenzará a develar el prometido debate; pues solo se han expuesto cuestiones iusfilosóficas imprescindibles que constituyen el punto de partida para continuar con el *iter* de una polémica que no comienza con Kelsen y Cossio, pero sí continúa con ellos, entre otros. A partir del segundo argumento, se pondrán sobre la mesa los interesantes criterios que develan una discusión que, aunque fue a la esencia de la visión jurídica desde enfoques ontológicos opuestos de ambos juristas sobre el derecho, también alcanzó un tema particular como el de las lagunas. Por eso se toma hoy como pretexto para recrear la idea de que el concepto que cada uno tenga sobre el derecho impacta directa y frontalmente en las propuestas técnicas y metodológicas que se ofrecen a problemas jurídicos cotidianos, este es solo un ejemplo.

II. COMIENZA LA POLÉMICA KELSEN-COSSIO. ¿EXISTEN LAS LAGUNAS?

La segunda de las teorías que analiza este tema, conocido como el argumento de la *norma general excluyente*, justifica la inexistencia de lagunas sobre la base de los criterios sustentados principalmente por Zitelmann y posteriormente por Donati y Kelsen.

Dicha teoría debe su nombre a la importancia que se le concede al principio que plantea que en el derecho *todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido*. Este principio constituye una norma general excluyente, a tenor de la cual, la no prohibición normativa de cierto comportamiento excluye cualquier exigencia jurídica de sus consecuencias. De esta forma no pueden existir lagunas en el ordenamiento, sino comportamientos excluidos del ámbito jurídico.

Esta formulación, en sus orígenes, se constituye como una exigencia de la concepción liberal del Estado ⁽⁹⁾, que considera que las intervenciones jurídicas en el ámbito de la libertad natural han de hallarse estrictamente tasadas y formularse por quien ostenta la soberanía popular, esto es, por el Parlamento a través de la ley. Por ejemplo, el art. 5º de la Declaración francesa de derechos del hombre y el ciudadano, de 1789, establecía que “nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que esta no ordena” ⁽¹⁰⁾. La colocación de este principio expresamente en un documento normativo tan importante, reservorio de conquistas trascendentales identificadas con los derechos, se convierte en una garantía para su disfrute. Su positivación, además, al otorgarle fuerza jurídica posibilita que irradie a diversas cuestiones, ya que, como principio al fin, tiene grandes potencialidades filosóficas y normativas. Muestra de ello es que haya sido utilizado como justificación del dogma de la plenitud.

Donati considera dicho principio “una norma que integra el ordenamiento jurídico en un pie de igualdad con las otras normas y con su misma positividad, norma que es también positiva o afirmativa porque su consecuencia jurídica consiste en una obligación de no hacer por parte de los demás, ligada a la libertad del sujeto actuante” ⁽¹¹⁾.

(9) Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2007, p. 125.

(10) Este particular también quedó plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Convención Nacional el 23 de junio de 1793, e incorporada como preámbulo a la Constitución de 24 de junio de 1793, la que en su art. 10 referendaba: “Nadie puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por esta prescritas.

(11) Vid. DONATI, D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Societa Editrice Libreria, 1910, p. 31.

Zitelmann, en cambio, partidario también de esta teoría, pero introduciendo un interesante matiz al principio que la sustenta, plantea que “en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena, o con un deber de indemnización, o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, todos los demás casos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir” ⁽¹²⁾.

Aunque, en esencia, ambos autores comparten sus consideraciones acerca del rol de la norma general excluyente, en torno a este tópico existe, no obstante, un punto de divergencia entre ellos. Obsérvese que el segundo considera que dicha norma no necesita plasmarse de forma escrita, ya que es el resultado de una deducción lógica del resto de las normas. Donati, por su parte, le atribuye una cualidad de igualdad con respecto al conglomerado normativo, apostando por su formulación positiva dentro del ordenamiento. No obstante, no parece ser este un elemento de peso, el núcleo de su doctrina es compartido, solo que el filósofo italiano al parecer prefiere asegurarse de que sea un postulado conocido y exigible.

Como se había adelantado, Kelsen es partidario de esta posición y al respecto considera que “urge advertir que no existen lagunas auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso (...). El orden jurídico no solo contiene el principio de que se está obligado a una determinada conducta, sino también el contrario: se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado. Esta norma es la que se aplica cuando se decide negativamente la pretensión de que se realice una conducta no obligatoria” ⁽¹³⁾.

De la postura kelseniana pueden resultar varios análisis. El más interesante se deriva de que para él no existen lagunas porque aquellas situaciones que no encuentran tutela en el ordenamiento no quedan sin solución, sino que precisamente se resuelven con esta norma general (principio). En tal sentido, la respuesta del jurista sería resolutive, ya que este lo que debe hacer es sencillamente decidir negativamente la pretensión de que se realice una conducta no obligatoria.

(12) Vid. ZITELMANN, E., “Las lagunas del Derecho”, en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, La Ciencia del Derecho, Buenos Aires, Losada, 1951, p. 303.

(13) KELSEN, H., El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho, versión del alemán por Luis Legaz Lacambra, 1ª edición, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, ps. 65 y 66.

Se ha analizado críticamente esta posición kelseniana, distinguiendo dos sentidos de la expresión *permitido*: lo permitido en sentido fuerte (no está prohibido, pero está sometido a normas) y lo permitido en sentido débil (no está prohibido y no está sometido a norma). Ambos sentidos afectan el principio de prohibición que habría también de tener un sentido fuerte (un comportamiento no prohibido está permitido en sentido fuerte) y un sentido débil (un comportamiento no prohibido está permitido en sentido débil) ⁽¹⁴⁾.

A partir del análisis anterior, algunos autores ⁽¹⁵⁾ consideran que Kelsen interpreta hasta 1960 el principio de prohibición en sentido fuerte, lo que conlleva la ausencia de lagunas. Pero a partir de 1960 interpreta dicho principio en sentido débil, lo que da entrada a las lagunas, originadas por el conflicto de intereses no solucionado por el ordenamiento jurídico.

En la interpretación débil, el principio es lógicamente válido, pero no autoriza a concluir que todos los sistemas jurídicos son completos. Solo plantea que, si un comportamiento no está prohibido, entonces no existe ninguna norma que lo prohíba. En la interpretación fuerte, sí que actúa como norma de clausura, según Moreso i Mateos, pero su verdad es contingente: no es necesario que siempre que no haya una norma que prohíba un comportamiento, entonces exista una norma que lo permita ⁽¹⁶⁾.

Kelsen, en esta segunda etapa, solo admite que lo que se denomina como laguna es simplemente el caso en que la solución brindada por el ordenamiento positivo es considerada inconveniente o injusta por la instancia competente para aplicar la norma, particular este que define a las llamadas lagunas axiológicas o ideológicas, las que serán analizadas en un momento posterior de estas reflexiones.

Su concepción sobre las lagunas es sin dudas una derivación de su posición normativista. Kelsen, como exponente del positivismo jurídico, intentaba endiosar el componente normativo del derecho. “El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que en sí mismo considerado carece de todo valor ético y político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho” ⁽¹⁷⁾.

Su noción sobre el derecho pretende alejarlo de cualquier componente axiológico y lo restringe a que solo es exigible lo que regula el derecho positivo, no hay nada fuera de este, ni le falta nada dentro, y por tanto no admite

(14) Analizado por SALGUERO, M., “Argumentación (...)”; op. cit., p. 39, y ATRIA, F., “Sobre las lagunas”, en *Lagunas en el Derecho, una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 15.

(15) *ibíd.*, p. 17.

(16) Vid. MORESO I MATEOS, J. J., “Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho”, 1ª edición en lengua castellana, Barcelona, UOC, 2006, p. 152.

(17) Vid. KELSEN, H., “El método y los conceptos (...)”; op. cit., p. 28.

oquedades. Sin embargo, no es convincente como justificación de la inexistencia de lagunas.

“La teoría jurídica pura es una teoría del Derecho positivo. En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone a contestar a esta pregunta: ¿qué es y cómo es el Derecho?, más no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterios debe ser construido. Es ciencia jurídica, no Política del Derecho” ⁽¹⁸⁾.

A partir del necesario análisis axiológico del derecho, pudiera advertirse que ciertas conductas, aunque no aparezcan prohibidas por este, merecerían considerarse ilegales, pero no han sido sancionadas, entre otras cosas, por el innegable desfase que se produce entre la vida y el derecho. También existe el riesgo de que en determinados casos sea el ciudadano quien necesite la intervención del Estado, pudiendo tratarse, por ejemplo, de que lo que se ha omitido sean mecanismos de disfrute de un derecho reconocido incluso constitucionalmente. Por ello es que debe insistirse en que muchas de las lagunas que se manifiestan a menudo ante los operadores del derecho se muestran en cuanto a procedimientos, valoración de pruebas, así como a otros elementos de derecho adjetivo, incluso en aquellas cuestiones vinculadas a la propia ejecución de las sentencias.

La última de las teorías se basa en la obligación de juzgar que la mayoría de las legislaciones imponen a los jueces (prohibición del *non liquet*) ⁽¹⁹⁾, deduciéndose de ello la completitud del ordenamiento jurídico. Carlos Cossio analiza esta teoría y la ubica dentro del *apriorismo filosófico* ⁽²⁰⁾, posición que abraza y en la que se profundizará en el próximo acápite. Para él no hay lagunas en el derecho, precisamente porque hay jueces, los que dictan sentencias tanto en los casos previstos como en los no previstos.

(18) *ibíd.*, p. 9.

(19) Algunos ejemplos: el Code Civil, denominado posteriormente Code Napoléon, establecía en su art. 4º: “El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. Ver en: http://www.lexinter.net/ESPANOL/codigo_civil.htm. El art. 1.7 del Código civil español (publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889) plantea: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver: en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. En cuanto a Cuba, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral, y Económico establece en su art. 3º: “La jurisdicción de los tribunales cubanos es indeclinable...”. Cfr. Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, Ley 7, dictada por la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, el 19 de agosto de 1977 y publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, el día 20 del propio mes. En: Código Civil y Leyes Civiles Cubanas, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000. Modificada por el Decreto-Ley 241, publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, nro. 33, de 27 de septiembre de 2006, entrando en vigor a los treinta días posteriores a la fecha de su publicación.

(20) Vid. COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley*, 2ª edición, Buenos Aires, Losada, 1947, p. 55.

La obligación del juez de juzgar siempre, la considera una verdad de razón. Ningún caso judicial cae fuera del ordenamiento jurídico. Este autor concibe al ordenamiento jurídico como una estructura totalizadora y a la función jurisdiccional como parte de esta, afirmando entonces que ningún caso judicial cae fuera del ordenamiento jurídico, e incluso, la propia noción de interpretación judicial, según su criterio, también es inmanente a la de orden jurídico.

En consecuencia, plantea que, “entablada una demanda, el Juez, al fin de cuentas, tiene que hacer lugar a ella total o parcialmente, o no hacer lugar; pero en cualquiera de estas hipótesis el juez ha juzgado. La admisión o el rechazo de una demanda constituyen por igual un fallo judicial y, en este sentido, rechazar una demanda en mérito de que no hay un texto expreso que ampare la pretensión del demandante, significa lo mismo que rechazarla por cualquier otra razón: la litis en cuestión no solo queda involucrada en el orden jurídico, sino que además queda sentenciada, con el signo positivo o negativo que el caso asume para las partes litigantes” (21).

Aceptar la posibilidad de que los jueces se abstengan de juzgar en virtud de la inexistencia de la norma jurídica específica para el caso concreto que ante ellos se presenta, constituiría un descrédito y una evidente desnaturalización de la propia concepción de la actividad jurisdiccional. Al respecto ha defendido Recaséns Siches que, “[d]ado el hecho de una persona investida con la función de juez, debe ser su pronunciamiento judicial; y en caso de que se abstenga de pronunciarse, debe ser impuesta una sanción contra la persona del juez que incurrió en abstención” (22).

Sin la exigencia del *non liquet*, la seguridad jurídica se pondría en riesgo, ya que la existencia de un sistema de tribunales es un pilar fundamental para su salvaguarda. El ciudadano espera seguridad en el derecho como orden y el funcionamiento de este tipo de institución garantiza más allá de la ley, la instauración de la justicia y la tutela de los intereses particulares. La facultad integradora ante las lagunas que deben tener los tribunales se convierte en garantía fundamental de la seguridad jurídica y del plexo axiológico contenido en el derecho.

Sin embargo, aunque esta teoría pudiera servir para desestimar la existencia de lagunas en el derecho, no excluye la existencia de lagunas en la ley, las que ciertamente se solucionan dando cumplimiento a la obligación

(21) *ibíd.*, p. 156.

(22) Vid. RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, 1ª edición, México, Porrúa, 1959, p. 324. Para ilustrar esta posición, asumida por varias legislaciones foráneas, puede citarse al respecto la regulación del Código Penal español en su art. 448, donde se establece que comete delito el juez que se negase a juzgar “so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”. Plantea Luis Prieto Sanchís que esta exigencia se une a la obligación del juez de juzgar, establecida en el art. 1.7 del Código civil español antes citado. Si faltasen cualquiera de estas condiciones, la plenitud dejaría de ser una exigencia del sistema. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes (...)*, op. cit., p. 123.

de juzgar de los jueces, pero reforzada por la utilización de mecanismos integradores del ordenamiento jurídico que sirvan para llenar dichas oquedades. Como indicara Carnelutti, una cosa es la facultad de llenar, ante el caso no previsto, la laguna surgida, y otra la inexistencia de laguna, esto es, el perfeccionamiento del orden jurídico en su origen ⁽²³⁾.

No obstante, cabe señalar que la sola existencia de los jueces y la exigencia de que juzguen en todos los casos, no basta. Estos deben contar con mecanismos que los auxilien a buscar, dentro del propio ordenamiento o fuera de este, una solución loable que no se restrinja a desestimar el caso por falta de precepto específico en casos que lo requieran, ni siquiera como solución de *ultima ratio*. De esta forma se minimiza la afectación que provoca a la seguridad jurídica la existencia de las incuestionables lagunas de la ley.

III. LA SISTEMATIZACIÓN IUSFILOSÓFICA DE COSSIO COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS LAGUNAS

Resulta interesante que el tratamiento de Kelsen sobre el tema de las lagunas jurídicas aparece incluido en sus obras fundamentales sobre la teoría pura del derecho. Sin embargo, en el caso de Cossio, este dedica un libro completo al tema. *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* fue escrita por el filósofo en 1939 y en esta aborda el tema desde el cuestionamiento mismo de la plenitud, pasando por el tópico de las lagunas y desembocando incluso en la cuestión referida a su integración. En ella reconoce a la analogía y los principios generales del derecho como las herramientas de gran trascendencia en la integración.

Con respecto a la gran polémica sobre el tema de la plenitud y la existencia o no de las lagunas, el autor realiza una sistematización que organiza y valora profundamente los criterios acerca de la temática, de manera diferente a la que se ha expuesto hasta aquí. Teniendo en cuenta sus peculiaridades y la importancia para el objeto de estas reflexiones, es loable recrear dicha propuesta metodológica, donde se mezclan opiniones a favor y en contra.

La primera teoría es denominada por el argentino: *realismo ingenuo* ⁽²⁴⁾. Esta plantea que existen lagunas en el ordenamiento jurídico y su explicación radica en las limitaciones naturales de la inteligencia humana y la riqueza creadora de la vida. Por grandes que sean la sabiduría y la previsión del legislador, siempre aparecerán en la dinámica social, casos imprevistos

(23) Vid. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1941, p. 115.

(24) Uno de los defensores de esta posición es Eduardo B. Busso, además de otros juristas argentinos. Vid. COSSIO, C., *La plenitud (...)*, op. cit., ps. 19-25.

que hagan patente la insuficiencia de la ley, porque la sociedad es fuente inagotable de situaciones nuevas.

Cossio advierte en esta posición, un vicio metodológico de casuismo. Al afirmarse que hay lagunas en el ordenamiento jurídico sobre la base de que la ley no admite ser referida a una situación no prevista por el legislador, significa concebir al derecho como el catálogo de casos abstractamente señalados en las leyes, obviando la visión de este como una totalidad sistémica. Para el filósofo, la debilidad fundamental de esta posición radica en que según el principio de que *todo lo que no está expresamente prohibido en la ley se presume permitido*, quedaría fácilmente demostrado que no existen las lagunas en el ordenamiento jurídico, ya que una ausencia u oscuridad de determinada norma implicaría que el actuar es lícito y por tanto no existe laguna alguna.

En su crítica se advierte que el argumento de fondo que defiende Cossio está referido a las capacidades integradoras del derecho, más que a la aspiración de que las normas respondan siempre al inagotable casuismo que muestra la cotidianidad social o a la aplicación del principio de clausura del ordenamiento. Se coincide con él en que este debe ser visto y aplicado como un sistema. En concordancia con lo anterior, una de las debilidades de esta posición radica en que la simple laguna de una ley no puede ser definida como laguna del derecho si este constituye un todo sistémico.

Para Bobbio, la razón de la inexistencia de las lagunas en el derecho se encuentra precisamente en la existencia de los mecanismos de autointegración y heterointegración con que cuentan los ordenamientos jurídicos y que permiten solucionar aquellas situaciones que a la luz de las normas no encuentran respuestas. Es decir, solo existe laguna cuando el sistema no ofrece la posibilidad de resolver, ni en un sentido determinado ni en el opuesto, por lo que, en definitiva, laguna no sería solo el hueco normativo, la ausencia de norma aplicable, sino la ausencia de criterios válidos para decidir la norma aplicable⁽²⁵⁾.

Como segunda tendencia, analiza Cossio el *empirismo científico*. Plantea el argentino que esta doctrina, por el contrario, afirma la inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico y sostiene que dicha tesis se demuestra acabadamente mediante una inferencia inductiva, que parte de las normas generales contenidas en el propio ordenamiento. Esta coincide con el llamado argumento de la norma general excluyente, teoría que, como ya se analizó fue enunciada por Zitelmann y llevada a su madurez por Donati.

Al respecto, puede valorarse que la simple regulación de este principio no exime al ordenamiento de la existencia de lagunas. En concordancia con

(25) Vid. BOBBIO, N., *Teoría General (...)*, op. cit., ps. 156 y 157.

reflexiones anteriores, son necesarios otros elementos de integración. Sin embargo, con un enfoque residual, dicha regulación resolvería una parte del problema y actuaría como garante de la seguridad jurídica, al menos para un grupo de casos. Cabe reflexionar, por ejemplo, acerca de la estrecha relación que guarda este principio con la prohibición que se aplica al ámbito del derecho penal, identificada con el principio de legalidad para esa materia y por extensión, al derecho sancionador en general (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*).

Esto se produce debido a la naturaleza de sus sanciones, por la gravedad de las consecuencias jurídicas que establecen para el incumplimiento de alguno de sus preceptos. Por ello es que las legislaciones establecen generalmente una prohibición expresa de la aplicación de analogía en esta rama del derecho ⁽²⁶⁾. De tal suerte, como asevera Guastini, para estas excepciones rige el principio de la norma general exclusiva (o negativa), según la cual todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido ⁽²⁷⁾. Con esta reflexión se quiere significar que, aunque este principio es protector de la seguridad jurídica y su uso resulta trascendental, sobre todo en el ámbito de las normas esencialmente prohibitivas y limitativas de derechos, otra cosa distinta, y falible por demás, es usarlo como argumento para rechazar la idea de las lagunas.

En tercer lugar, Cossio coloca al *eclecticismo* ⁽²⁸⁾, a propósito del cual regala interesantes reflexiones teniendo en cuenta que aquí se propone una solución un tanto conciliadora entre las dos teorías anteriores. Esta posición aprovecha los postulados del neokantismo y contiene elementos de las dos anteriores. Plantea que no existen lagunas en el ordenamiento, pero sí en la ley. Para justificar esta tesis se afirma que derecho y ley no son sinónimos. Según Cossio, la debilidad de esta posición radica en que no resuelve el problema teórico de la diferencia entre ley y derecho. Si la relación entre ambos es la del género a la especie, entonces ha de convenirse que al no haber lagunas en el derecho tampoco puede haberlas en la ley.

(26) Desde el punto de vista teórico, la prohibición de la analogía en las normas penales es analizada por varios autores. Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, L., *La ley penal y su interpretación*, vol. CXXXVII, La Habana, Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros, 1949, p. 249; HERNÁNDEZ, M. H., "La ley y el Derecho", *Repertorio Judicial*, año XXXI, nro. 10, La Habana, 1955, p. 219; LASARTÉ ÁLVAREZ, C., *Principios del Derecho Civil*, tomo I, 5ª edición, Madrid, Trivium, 1996, p. 104, plantea, haciendo referencia al ordenamiento jurídico español, que a tenor de lo que plantea la Constitución española en su art. 25.1, debe extenderse esta prohibición al derecho punitivo en general, ampliándose a las normas que imponen sanciones administrativas, y NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 8ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1997, p. 285.

(27) GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3ª edición, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2001, ps. 100-103.

(28) Predomina de forma aplastante entre algunos juristas: Eduardo García Máynez, Hugo Alsina y Gény. Vid. COSSIO, C., *La plenitud (...)*, op. cit., ps. 37 y ss.

Para el filósofo argentino, además, esta tesis, como todo eclecticismo, adolece de cierta blandura. Continúa planteando que la distinción entre laguna de la ley y lagunas del derecho ha sido admitida por innumerables juristas. Así, cuando se habla de lagunas del derecho, se refieren los juristas al problema lógico de que todos los casos judiciales pueden ser subsumidos en los géneros normativos de su sistema legal, puesto que no hay decisiones lógicamente imposibles por falta de las normas que las convaliden. En cambio, refiere Cossio, que cuando se habla de lagunas de la ley, se refieren los autores a las soluciones inconvenientes o injustas que resultan de aplicar la ley, entendiendo que esta injusticia e inconveniencia, si bien se derivan de la ley, no son queridas por ella, o por el legislador, a tenor de la justicia o conveniencia logradas por la misma norma en otros ámbitos.

Las ideas anteriores son una exposición de la pretendida distinción entre ambas clases de lagunas que Cossio expone, solo para luego, y de manera casi lapidaria, valorar que dicha distinción no puede sostenerse racionalmente ya que se utiliza en ella el término laguna, pero para referir cosas totalmente diferentes. Con lo primero se hace referencia a una operación que es de lógica formal (la subsunción), mientras que, con la segunda, a un juicio normativo. Esta segunda posición se identifica con la concepción de las lagunas axiológicas promovida por Kelsen, la que se analizará más adelante.

Aunque dicha teoría no aporta el fundamento necesario para justificar su postulado principal, debe considerarse que quizás, de haber explicado la diferencia entre ley y derecho, sería sostenible. Ciertamente, las normas constituyen un elemento importante del derecho y de la ley —formal—, pero no los agotan, pudiendo hablarse de lagunas en la ley, pero en un sentido no axiológico, sino lógico, sin que esto implique necesariamente que existen lagunas en el derecho, precisamente por las capacidades que este tiene para responder ante casos nuevos y diferentes.

A criterio de esta autora, la norma jurídica concreta, como dictado de conducta general, no puede prever todos los casos posibles que impone la realidad; sin embargo, el ordenamiento como sistema puede brindar herramientas para la solución de los casos que han de resolverse, a pesar de las lagunas puntuales que presentan las disposiciones normativas concretas.

Siguiendo con su sistematización, propone el filósofo argentino, en cuarto orden, el *pragmatismo* ⁽²⁹⁾. Según esta teoría, hay lagunas en el derecho, pero debe procederse como si no las hubiera. Esta posición doctrinal, basada en la tesis del realismo ingenuo, agrega en pos de su sostén otras consideraciones derivadas de la actividad jurídica práctica. Por ejemplo,

(29) Tiene entre sus principales defensores a H. Vaihinger y a Nicolás Coviello. Vid. COSSIO, C., *La plenitud (...)*, op. cit., ps. 53 y 54.

aduce que se produciría un trastorno social si frente a las novedades de la realidad no se procediera como si las nuevas situaciones hubieran estado previstas.

Ante este postulado, Cossio plantea que para la ciencia no se trata de las conveniencias prácticas, sino de saber si el problema existe, en qué términos, y de establecer como solución la forma correcta de concebirlo. Al respecto debe argüirse que la crítica fundamental radica precisamente en que, siguiendo este postulado, quedaría desprotegida la seguridad jurídica si se intentara que el derecho, en un disimulo de sus oquedades, dé soluciones a todos los problemas, aunque estos no estén previstos en sus normas, llevando este proceso a un nivel extremo. Es decir, los operadores jurídicos deberían razonar, en primer lugar, que la situación que ante ellos se presenta y se presume lagunosa, realmente merece tutela jurídica y no constituye una relación de las que se desarrollan y regulan de manera espontánea en otros órdenes normativos, como la moral o la convivencia social.

Por otra parte, no se puede soslayar la importante función del legislador, que como representante de la voluntad popular quedaría obviado y arrollado por la práctica judicial, ya que de esta forma se estaría delegando en los jueces toda la facultad legislativa. Las leyes siguen siendo necesarias y en todo caso la solución final de la laguna no será otra que la previsión normativa de la relación para que se convierta en jurídica. Como se ha esbozado someramente, lo que soluciona el juez, si lo merece, es el caso, a pesar de la laguna.

Una cuestión trascendente a este debate permite valorar que la concepción kelseniana sobre las lagunas recibe el impacto de su concepción sobre el producto de la actividad judicial en el sentido siguiente:

“Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace (...). Por esa razón, la sentencia judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; solo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, solo la errónea identificación del Derecho con la ley puede obscurecer una idea tan evidente”⁽³⁰⁾.

Esa concepción, que no es exclusiva de Kelsen, de que existe creación judicial de normas, de una norma individualizadora, puede ponerse al servicio de diferentes razonamientos en torno a las lagunas. En primer lu-

(30) Vid. KELSEN, H., *El método y los conceptos (...)*, op. cit., p. 53.

gar, sigue siendo necesaria la norma general y abstracta, de no existir alguna que se ajuste al caso, persiste la idea de la existencia de laguna. No obstante, resulta interesante la comprensión de que —aunque no compartimos la noción de la creación puramente normativa de los jueces en sus fallos— sí resulta provechosa y cierta la idea de que sus decisiones son creación jurídica y se enmarcan dentro de los elementos que componen y enriquecen el derecho en un momento y lugar determinado.

La actividad de los jueces al integrar el derecho en caso de lagunas legales no debe concebirse como creación normativa. Los jueces en particular y los operadores del derecho en general construyen ante el caso específico, particularizan a través de la abstracción, razonan ante una gama de posibilidades, argumentan, ponderan, pero no crean normas nuevas. Esta actividad contribuye al desarrollo doctrinal, al afianzamiento y la salvaguarda de valores y principios que sirven como base a su solución y enriquecen el derecho.

Aunque Kelsen no se detiene en la carga axiológica que tienen los fallos y que alimenta a las nociones jurídicas sobre normas e instituciones del derecho, su idea sobre la actividad jurisdiccional incardinaría la importancia de la acción integradora que realizan los jueces ante las lagunas. Nótese que esta idea no puede confundirse con aquellas que fundamentan la plenitud hermética del ordenamiento en cualquiera de sus argumentos justificativos.

Por último, analiza Cossio la teoría que denomina: *apriorismo filosófico*. Esta corriente sostiene, al igual que el empirismo científico, que no existen lagunas en el ordenamiento jurídico. A diferencia de aquella, que concibe el ordenamiento como una yuxtaposición de normas, de las que se predica que contemplan todos los casos, el apriorismo filosófico concibe el ordenamiento como una estructura totalizadora, de donde resulta que un régimen de derecho positivo es una totalidad, por lo que no hay casos fuera del todo, porque de lo contrario, el todo no sería tal todo.

Esta posición, de la que es partidario el argentino, coincide con el último de los argumentos esbozados cuando se analizaba el dogma de la plenitud. Fundamenta su criterio sobre la base de que no hay lagunas porque hay jueces y ellos dictan sentencias, tanto en los casos no previstos como en los previstos.

En primer lugar, uno de los pilares fundamentales de esta posición es el archiconocido mandato de que el juez *debe* juzgar siempre, el ya mencionado *non liquet*, lo que para Cossio constituye una verdad de razón. Considera que sería contradictorio suponer que el juez no debe juzgar y que siga siendo juez, porque ser juez consiste precisamente en deber juzgar.

En segundo orden, la estructura del Derecho, de la cual la función judicial es un tramo, es una estructura totalizadora, en el sentido tradicional de la lógica de que la pluralidad queda considerada como una unidad, o sea, totalidad como síntesis de los conceptos de unidad y pluralidad. Incluso, de cara al debate que se pretende esbozar, aquí encontramos un punto de encuentro entre los dos filósofos protagonistas de nuestro trabajo. En este punto, Cossio plantea que la respuesta a tal cuestión la brinda la teoría pura del derecho con el análisis escalonado de las normas y el principio de supremacía constitucional.

Se hace referencia a la conocida idea de Kelsen, que planteaba:

“[U]rge advertir que el orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho coordinadas, situadas una al lado de otras, por así decirlo, sino una serie escalonada de diversas zonas normativas, que podemos presentar en esquema, del modo siguiente: el grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la constitución (...). El grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo”⁽³¹⁾.

Más adelante, en la obra de Cossio que se referencia, continúa profundizando el filósofo en esta, la posición que defiende y en especial, por supuesto, en su asidero fundamental, el papel de los jueces. Aquí se exhiben algunas interpretaciones del *non liquet*, que como justificación para negar las lagunas pueden tener aristas cuestionables, por lo que resulta prudente comentarlas⁽³²⁾.

Considera Cossio que, entablada una demanda, el juez, al fin de cuentas, tiene que hacer lugar a ella ya sea total o parcialmente, o no hacer lugar, pero en cualquiera de estas hipótesis, el juez ha juzgado la admisión o el rechazo de una demanda, constituyen por igual un fallo judicial y en este sentido, rechazar una demanda con la justificación de que no existe un texto que expresamente ampare la pretensión del demandante, significa lo mismo que rechazarla por cualquier otra razón. La *litis* en cuestión no solo queda involucrada en el ordenamiento jurídico, sino que además queda sentenciada con el signo positivo o negativo que el caso asume para las partes litigantes.

Continúa planteando el iusfilósofo que esta necesidad lógica de juzgar en que se encuentra el juez se comprueba en su necesidad, advirtiendo que la situación es la misma si la ley dijera lo contrario, es decir, que los jueces se abstendrán de juzgar ante el silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. En consecuencia, considera que es claro que, al rechazar una demanda por una de esas causas, ya se ha juzgado declarándose que el demandado está

(31) Vid. KELSEN, H., El método y los conceptos (...), op. cit., ps. 52 y 53.

(32) Vid. COSSIO, C., La plenitud (...), op. cit., ps. 156 y ss.

dentro de lo lícito jurídico. Así considera que el juez siempre debe juzgar, porque la norma que lo determina a juzgar es un supuesto gnoseológico del derecho, independiente de la acción del legislador.

Este postulado, como se ha explicado, es un argumento que responde a la plenitud hermética del ordenamiento jurídico ⁽³³⁾; no obstante, cabe valorar que los dos primeros argumentos que de ella se analizaron colocan la razón de la hermeticidad del ordenamiento en el mencionado principio de clausura *todo lo que no está prohibido, se presume permitido*. Sin embargo, el argumento que se asienta en la obligación de *non liquet* y que coincide con el denominado por Cossio como apriorismo filosófico, sitúa la llave de tal hermeticidad en la existencia misma de los jueces, que, como una especie de comodines del sistema jurídico, deben garantizar siempre un fallo, lo que no deja situaciones sin respuesta.

No obstante, y derivado de algunas reflexiones de Cossio expuestas un par de párrafos atrás, colocar como argumento esencial del fallo la desestimación por inexistencia de norma, desde una perspectiva finalista, tiene para las partes el mismo efecto que si el juez se rehúsa a fallar; sobre todo, porque debe tenerse en cuenta que una de las afectaciones más importantes que provocan las lagunas es la laceración a la seguridad jurídica, cuya realización es un fin intrínseco del derecho. Por ello es imprescindible que, en primer lugar, el juez procure, si lo amerita, resolver el fondo del asunto usando los recursos normativos y técnicos que brinda el ordenamiento. Por otra parte, cualquier ejercicio integrador que realice el juez ante una laguna debe tener como presupuesto y fin la consagración de la justicia para el caso, como cauce ineludible para la preservación de la seguridad jurídica.

A los efectos de encontrar algún punto de contacto igualmente entre Cossio y Kelsen, este último planteaba que “siempre es posible una decisión, y justamente sobre la base de la ley, es decir, en aplicación de la ley. También en la decisión que rechaza la pretensión es aplicado el orden jurídico valedero. Pues al obligar a los hombres a una conducta determinada, garantiza la libertad más allá de esos deberes jurídicos, se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado” ⁽³⁴⁾.

Esta idea de Kelsen ayuda a fundamentar el criterio que se ha defendido, si desde una u otra posición se considera que la única diferencia esencial, desde el punto de vista técnico, radica en que al final, en un caso se rechaza y en otro se desestima, debe reiterarse la advertencia de que el efecto para el sistema jurídico puede ser diferente, pero no para el justiciable. Claro, siem-

(33) Este postulado, según el propio Cossio, puede encontrarse principalmente en la doctrina italiana, de la mano de autores como Renato Treves, Donato Donati, Vicenio Micelli, Brunetti, Paresce, Bobbio, entre otros. Vid. COSSIO, C., *La plenitud (...)*, op. cit., p. 172.

(34) Vid. KELSEN, H., *El método y los conceptos (...)*, op. cit., ps. 138 y 139.

pre que se trate realmente de un caso que debería entrar en el ámbito de lo jurídico y, sin embargo, no se ha previsto expresamente.

IV. ¿QUÉ SON EN DEFINITIVA LAS LAGUNAS? ALGUNAS TIPOLOGÍAS CON TRASFONDO CONCEPTUAL

Numerosos autores en la doctrina jurídica han definido el término lagunas de la ley y entre ellos existen evidentes puntos de contacto. En algunos casos las diferencias son solo semánticas, pero en otros, estas tienen implicaciones teóricas. Desde el punto de vista metodológico, los diferentes criterios pueden ser analizados en dos grupos fundamentales. En el primero aparecen aquellos conceptos que solo identifican a las lagunas como vacíos o ausencia de regulación.

En este sentido, Latorre considera que las lagunas son “zonas vacías para las que la ley no ha previsto norma alguna” ⁽³⁵⁾; y Balaguer Callejón las define como “vacíos normativos a los que el ordenamiento debe dar alguna respuesta” ⁽³⁶⁾. En el caso de Prieto Sanchís, este plantea que “un cierto caso representa una laguna de un determinado sistema cuando este no correlaciona dicho caso con alguna calificación normativa, esto es, cuando no lo declara ni prohibido u ordenado ni permitido” ⁽³⁷⁾. Carnelutti, por su parte, las define como “un caso que no está regulado por la fuente legislativa o por cualquier otra fuente” ⁽³⁸⁾.

Este primer grupo de autores identifica las lagunas como ausencia de regulación específica, sin tener en cuenta que estas pueden presentarse también en otras situaciones normativas. En cambio, existe otro grupo de teóricos que en su definición asume, además, la posibilidad de la existencia de lagunas en los casos en que la ley, aunque exista, sea deficiente de alguna forma. En tal sentido, el profesor Fernández Bulté define las lagunas como “las situaciones en que la ley que sería aplicable a un caso, o bien es oscura y no se deja interpretar correctamente, o bien es omisa” ⁽³⁹⁾.

También siguiendo esta línea de pensamiento, Bielsa ⁽⁴⁰⁾ plantea que “existe una laguna cuando la solución de un caso no encuadra en los conceptos legales por no ser claros”. Emilio Betti, por su parte, opina que “[e]l fenómeno designado como laguna es siempre el de una deficiencia o incohe-

(35) Vid. LATORRE, A., Introducción (...), op. cit., p. 82.

(36) Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., Fuentes del Derecho. Ordenamiento constitucional, 1ª edición, Madrid, Tecnos, 1992, p. 165.

(37) Vid. PRIETO SANCHÍS, L., Apuntes (...), op. cit., p. 123.

(38) Vid. CARNELUTTI, F., Teoría General, op. cit., p. 113.

(39) Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Teoría del Estado (...), op. cit., p. 222.

(40) Vid. BIELSA, R., Los conceptos jurídicos y su terminología, 2ª edición aumentada, Buenos Aires, Roque De Palma, 1954, p. 37.

rencia de la disciplina legal advertida mediante una contradicción entre sus partes o entre aquella y su finalidad” (41).

Este grupo de autores introduce un elemento que permite una visión más global del problema, para ellos no solo existen lagunas ante la ausencia total de regulación, sino que efectivamente puede ocurrir que haya una norma para una situación determinada pero que esta sea inaplicable, ineficaz, oscura o deficiente. En este caso, ciertamente, el operador jurídico tampoco tiene una norma clara para aplicar.

Adviértase que Cossio asume ambos supuestos, considerando que se trata de “casos de oscuridad o insuficiencia de las leyes o ausencia de precepto legal expreso” (42).

En las definiciones dadas por ambos grupos de autores se evidencia uniformidad en cuanto al criterio de que las lagunas son situaciones a las que el ordenamiento debe dar respuesta, lo que es vital para alcanzar su eficacia, la seguridad jurídica, y para salvaguardar el valor supremo de la justicia. Resulta interesante cómo este particular es incluido en la noción de Larenz cuando manifiesta: “Una laguna legal es una incompletez contraria al plan de la ley. Una ley particular, y también una codificación completa, solo puede contener lagunas siempre y en tanto se echa de menos una regla que se refiere a una cuestión que no ha sido dejada al espacio libre del Derecho” (43).

Según el autor, debe delimitarse una laguna de la ley, de un fallo de esta en perspectiva jurídico-política, delimitación que solo puede lograrse en tanto se pregunta si la ley es incompleta, comparada con su propia intención reguladora, o si solo la decisión en ella tomada no resiste una crítica jurídico-política (44). En este último caso, la jurisprudencia de los tribunales no estaría llamada a completar la ley, sino que sería necesaria una nueva decisión del legislador (45).

(41) Vid. BETTI, E., *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por José Luis de los Mozos, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, p. 135.

(42) Vid. COSSIO, C., *La plenitud (...)*, op. cit., p. 144.

(43) Vid. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 2001, ps. 365 y ss.

(44) Al respecto, Balaguer Callejón plantea que “el principio democrático obliga a respetar el deseo del legislador de dejar espacios sin normar, siempre que ese deseo no vulnere ningún principio constitucional, ni afecte al correcto funcionamiento del sistema. No hay que confundir por tanto el concepto de laguna con la política legislativa que —dentro del marco constitucional— desarrolle en cada caso la mayoría en el poder”. Ver BALAGUER CALLEJÓN, F., “La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal”, *Revista de Administración Pública*, nro. 124, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 107.

(45) Este criterio, elaborado magistralmente por Larenz, también es sostenido por otros autores en un intento por delimitar aquellas situaciones merecedoras de tutela jurídica. “Las lagunas en el Derecho y los casos jurídicamente irrelevantes tendrían en común el hecho de carecer de regulación normativa, y la única diferencia entre ellas no sería descriptiva, sino de naturaleza evaluativa”.

Igualmente sería necesario diferenciar las lagunas, de aquellos casos incluidos dentro del ámbito de la desregulación jurídica, por ejemplo, los que devienen como consecuencia de la contracción del Estado en sus funciones reguladoras de determinadas materias del ámbito económico, que se dejan al arbitrio legislativo de organismos internacionales o a la voluntad que emana de relaciones contractuales ⁽⁴⁶⁾.

Los elementos analizados anteriormente conducen a construir un concepto propio, según el cual *las lagunas de la ley son situaciones merecedoras de tutela jurídica para las que no se ha previsto regulación alguna, o normas que por ser defectuosas de alguna forma se vuelven inaplicables, dejando en la práctica determinados supuestos sin regulación legal específica, ante los cuales el ordenamiento jurídico debe dar alguna respuesta.*

Tomando en cuenta los criterios de los autores protagonistas de estas páginas, obsérvese que no existe coincidencia de este concepto propio con la visión de ellos acerca del tema. Para Cossio, las lagunas no existen, su asidero fundamental para demostrarlo es el dogma de la plenitud del derecho. Dentro de este debemos reconocer que con sus postulados del apriorismo filosófico que abraza, escoge ciertamente el argumento basado en la obligación que tienen los jueces de juzgar siempre. No es menos cierto que de los diversos argumentos que se han utilizado para negar el fenómeno de las lagunas, este debe considerarse quizás como el más acertado; al menos no contradice la verdad sobre la solución de las lagunas y ayuda a fundamentar ciertamente que no puede hablarse de lagunas en el derecho o en el ordenamiento jurídico.

En cierta medida, el concepto antes propuesto tiene cierta identidad con aquel que Cossio denomina ecléctico, aunque no coinciden totalmente en la justificación de los criterios que defienden. El mismo jurista argentino ha dicho algo interesante, que se acerca a la concepción que aquí se defiende:

“De la misma manera, la tesis ecléctica de que no hay lagunas en el Derecho, pero de que sí las hay en la ley, solo nos viene a decir que no hay lagunas en el ordenamiento positivo pero que algunas leyes son o resultan injustas o inconvenientes, aunque se agregue que la referencia disvaliosa califica solo al disvalor voluntario (...). En efecto, el eclecticismo parece atraído por el hecho de que haya leyes injustas o por el hecho de que estas resulten injustas por falta de previsión del legislador. Sin embargo, una y otra cosa son

Vid. NAVARRO, P. E., “Casos difíciles, lagunas en el Derecho y discreción judicial”, en *Lagunas en el Derecho, una controversia (...)*, op. cit., p. 97.

(46) “La llamada desregulación no equivale a la anomia, sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras limitadas a autorizar la economía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado”: MARCILLA CÓRDOBA, G., “Desregulación, estado social y proceso de globalización”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 28, 2005, p. 240.

contingentes, y, en tal sentido, pueden corregirse por el legislador tratándose de injusticias involuntarias. Pues si se trata de injusticias voluntarias, no incumbe al juez tomar cartas en el asunto”⁽⁴⁷⁾.

Al respecto pudiera declararse que se asume una posición ecléctica, pero la justificación de la existencia de lagunas en la ley no la identificamos con las que Kelsen denomina lagunas axiológicas.

Las lagunas axiológicas, según sus proponentes, se producen cuando una norma no puede aplicarse por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber sido consciente de ellos. Presentándose como uno de los más fieles partidarios de esta posición, Kelsen plantea que “la llamada laguna no es por ende otra cosa que la diferencia entre el Derecho positivo y un orden mejor, más justo”. Para el filósofo, estas son las verdaderas lagunas, las únicas que existen, reflexión que muestra cierta erosión valorativa en su teoría pura del derecho⁽⁴⁸⁾.

Por supuesto, esto no puede conducir a grandes ilusiones, en realidad el maestro solo utiliza este argumento para desecharlas, desde el punto de vista de que para él solo podría hablarse de lagunas en tanto lo que ocurre es que el juez detecta que la *ratio* del legislador no coincide con su visión deontológica del caso. Pero como en su concepción jurídica lo legal es justo, el juez nada puede hacer ante esta situación. Y debe recordarse que en caso de que lo que no exista sea una norma específica en la legislación particular, que describa el supuesto tipo sobre el caso que debe solucionarse, para Kelsen tampoco eso es una laguna, en tanto se aplicaría el argumento de la norma general excluyente: “todo lo que no está prohibido se presume permitido”.

Cuando se realiza un estudio amplio sobre los diversos criterios que tipifican las lagunas, puede observarse que casi todos los autores acogen, al menos en un ejercicio sistematizador y expositivo, las lagunas axiológicas de Kelsen.

Engisch⁽⁴⁹⁾ denomina este tipo de lagunas, político-jurídicas o lagunas críticas, consideradas desde el punto de vista de la aspiración a un futuro mejor derecho.

Para Bobbio, estas son denominadas lagunas ideológicas o lagunas impropias. Este tipo de lagunas se deriva de comparar el sistema real con un

(47) Vid. COSSIO, C., La plenitud (...), op. cit., ps. 49 y 50.

(48) Vid. KELSEN, H., El método y los conceptos (...), op. cit., ps. 139 y 140. Esta misma denominación es ofrecida por RUIZ MANERO, J., en Lagunas en el Derecho, una controversia (...), op. cit., p. 123.

(49) Vid. ENGISCH, K., Introducción al pensamiento jurídico, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, 1967, ps. 172-176.

sistema ideal. Estas solo pueden ser completadas por el legislador ⁽⁵⁰⁾. Lo que existe en estos casos, según el criterio de Bobbio, no es la ausencia de una solución satisfactoria, sino la falta de una norma justa; las diferencia de aquellas que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento, las que denomina *reales*. Este autor enuncia la diferencia caracterizando a las ideológicas como de *iure condendo* y a las reales como de *iure condito*.

Además, Bobbio considera que todo ordenamiento tiene lagunas ideológicas, pero de las que deben preocuparse quienes están llamados a aplicar el derecho no es de las ideológicas, sino de las reales, solo el derecho natural no tiene lagunas ideológicas, pero nadie ha formulado jamás un sistema de derecho natural, ya que el que interesa es el derecho positivo ⁽⁵¹⁾.

Luis Legaz, por su parte, las denomina auténticas, “cuando no es lógicamente imposible una solución por falta de una norma, sino tan solo que la solución afirmativa o negativa es sentida como inconveniente o injusta por el juez encargado de resolver, es decir, de aplicar la ley; como tan inconveniente o tan injusta que le lleva a suponer que el legislador no ha pensado en este caso, pues si lo hubiese hecho, le hubiera dado una solución diferente de la que se impone con arreglo a la ley” ⁽⁵²⁾.

Victoria Iturralde se refiere a ellas como extrasistemáticas o lagunas falsas ⁽⁵³⁾ y Nino las denomina lagunas valorativas. Este último ha planteado que “[e]ste tipo de laguna se daría, pues, cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución, y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas” ⁽⁵⁴⁾.

En este supuesto, la ley sí ofrece una regulación positiva para resolver el caso, la que además se presume clara y completa, pero se considera injusta o inadecuada. Aquí el juez no tendrá la facultad de integrar, pues el principio de legalidad lo obliga a aplicar la norma existente ⁽⁵⁵⁾. No sería esta una verdadera laguna, pues, no existe ni un vacío ni una norma oscura o enrevesada, ni la necesidad de que el ordenamiento brinde una respuesta porque ya la dio, aunque esta sea insatisfactoria ante la mirada reflexiva del intérprete. Lo que se percibe es la falta de una norma más adecuada y justa.

(50) Vid. BOBBIO, N., Teoría General (...), op. cit., p. 240. El término “lagunas ideológicas” es utilizado por Prieto Sanchís, el que las denomina también “lagunas de relevancia”. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., Apuntes (...), cit., p. 128.

(51) Vid. BOBBIO, N., Teoría General (...), cit., ps. 238 y ss.

(52) Vid. LEGAZ LACAMBRA, L., Filosofía del Derecho, Barcelona, Bosch, 1953, p. 402.

(53) Vid. ITURRALDE SESMA, V., Lenguaje legal (...), cit., ps. 147-150.

(54) Vid. NINO, C. S., Introducción (...), op. cit., ps. 287 y 288.

(55) Este criterio también lo manifiesta ATIENZA RODRÍGUEZ, M., Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1986, p. 59.

V. CERRANDO EL DEBATE

La pretensión de estas páginas ha sido exponer y analizar algunas ideas generales en torno a las lagunas y las diferentes consideraciones que a propósito se han desplegado en el orden iusfilosófico. En este marco, aunque muchos han sido los juristas que se han detenido a pensar en el tema, algunos de los cuales han servido para nutrir estas páginas, resultan interesantes las ideas que aportan Kelsen y Cossio.

Algunas nociones generales de su propia concepción del derecho se traducen en sus ideas sobre las lagunas, otras se dirigen directamente a tomar partido sobre ellas. En relación con la primera cuestión en torno al tema, que consiste en la defensa de su existencia o no, e incluso su denominación en cuanto a si están en la ley o en el Derecho, toman partido ambos filósofos. Por supuesto, las direcciones que eligen son diferentes, como todo en sus concepciones. Positivismo contra egologismo es una pugna que también impacta en este tema, que tiene frontales implicaciones prácticas. Sin embargo, como punto de partida puede observarse que ambos niegan la existencia de lagunas, aunque ciertamente utilizando diferentes argumentos.

Así, Kelsen habla de una norma de clausura, que no es más que un principio del derecho, el cual, dicho sea de paso, consideramos que ha alcanzado un importante consenso por su trascendencia doctrinal y práctica, con lo que no necesita estar positivado para que ello determine su validez. Interesante resulta su noción de lagunas axiológicas, tipología reproducida y analizada por casi todos los que han estudiado el tema, que, aunque en rigor conceptual no describe una situación que puede ser absolutamente interpretada como una laguna, no es menos cierto que devela un problema real que afrontan los jueces en su ejercicio práctico.

Esa contradicción entre la justicia contenida en la norma para un grupo de casos en abstracto y la justicia que merece un caso específico, en otro contexto o con determinadas características o con el paso del tiempo, debe sufrir la solución típica, que para este o un conjunto de casos resulta lacerante. Resulta evidente que su intención no es provocar polémica en torno al fenómeno, solo lo expone para decir que es el único tipo de lagunas que existe y ante el cual no hay nada que hacer. Sin embargo, al menos a mí me provoca lo contrario, me despierta el razonamiento en torno a qué es lo correcto de frente a los valores jurídicos cuando esto ocurre.

Cossio, en cambio, abraza la exigencia de *non liquet* como líder en su justificación de la existencia de lagunas en este escenario. Igualmente cabe observar que volvemos a encontrarnos ante un principio trascendental y unánime que, por demás, es garante esencial de la seguridad jurídica. Igualmente, uno de sus importantes aportes es haber escrito una obra dedicada expresamente a la cuestión de la plenitud del ordenamiento y propo-

ner una sistematización iusfilosófica sobre aquellas corrientes o tendencias, lo mismo a favor que en contra de la existencia de lagunas. De este modo, el argentino logra una profundización mayor en el problema, alrededor del cual no solo expone la diversidad de posiciones, sino que las valora y pondera. Tanta importancia le concede tácitamente al tema que este libro antecede a su obra sobre la teoría egológica, donde expone el nudo conceptual de su doctrina.

Dos filósofos, una pugna teórica, el deseo de expandir sus ideas, de ganar adeptos y este debate que no fue intencionado alrededor de las lagunas, pero, como se ha demostrado, puede ser ciertamente reconstruido.

KELSEN, COSSIO Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por Desiree Llaguno Cerezo () , Elizabeth Valdés-Miranda Fernández (**)
y Ernesto Moreira Sardiñas (***)*

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de estudiar el derecho internacional, Hans Kelsen es uno de los nombres que merecen especial atención en lo que al fundamento de aquel y su relación con los ordenamientos internos se refiere. Su defensa del monismo jurídico es un exponente de coherencia interna en su pensamiento, y a su vez de un clímax en el desarrollo del positivismo jurídico.

En el terreno de la filosofía del derecho, la polémica entre este autor y el argentino Carlos Cossio es uno de los debates más interesantes, donde el positivismo de uno y las bases fenomenológicas y existencialistas del otro dialogan, en clara manifestación de cómo diferencias cosmovisivas pueden llevar a comprensiones muy diferentes de un mismo fenómeno. Aproximarse a las consecuencias de este debate para el estudio del derecho internacional, especialmente para las concepciones kelsenianas sobre él, puede dar luces sobre los aciertos y desaciertos de una doctrina iusinternacionalista tan importante como la del autor vienés.

Para ello es importante analizar las concepciones kelsenianas sobre el derecho internacional, para con posterioridad pasar a ver cómo pueden ser encaradas a la luz del pensamiento de Cossio. En ese sentido, será preciso partir de determinadas consideraciones acerca del derecho internacional y su concepto desde la filosofía del derecho.

En función de lo anterior, este trabajo se ha estructurado en tres epígrafes. El primero parte de los debates iusfilosóficos en torno al concepto de derecho, para concretar en el derecho internacional. El segundo, por su par-

(*) Profesora de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La presente contribución se corresponde con la ponencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

(**) Profesora de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

(***) Profesor de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

te, realiza un análisis de la teoría kelseniana del derecho internacional, con énfasis en la relación que establecía el autor entre el derecho internacional y el derecho interno. Finalmente, el tercer epígrafe analiza las implicaciones que puede tener el pensamiento de Carlos Cossio para el estudio del derecho internacional, especialmente en relación con las ideas de Kelsen.

II. LA DIFICULTAD PARA DEFINIR EL DERECHO INTERNACIONAL

Una de las preocupaciones básicas de la filosofía del derecho de todos los tiempos ha sido precisamente la definición del derecho. El pensamiento iusfilosófico ha debido lidiar tradicionalmente con innumerables dificultades, relacionadas con el objeto de estudio de esta rama del saber, exteriorizado por lo general en una realidad multifacética; la validez, eficacia y justicia de sus normas; el vocabulario jurídico; las diferentes concepciones filosóficas que han interpretado y descrito la realidad jurídica; entre otras.

En las sociedades actuales convivimos con el derecho en todos los ámbitos. Consecuentemente, damos por sentada la organización jurídica de las relaciones humanas. Sin embargo, la definición de derecho que manejan operadores jurídicos, filósofos, destinatarios de la norma e “individuos comunes” suele ser dispar y estar marcada por la intuición, así como por experiencias de vida y académicas. Esta situación —unida a su expresión en realidades complejas con diversidad de dimensiones y aproximaciones posibles— dificulta el necesario aislamiento conceptual, que permite analizar a profundidad su estructura y funcionamiento.

La incidencia en el análisis del elemento lingüístico, aunque alejada de los objetivos de este artículo, no debe subestimarse. El vocablo “derecho” tiene disímiles significados, que apelan a situaciones diversas. Indistintamente nombramos así al derecho objetivo, respecto de determinado espacio político-territorial (derecho cubano), en un periodo histórico (derecho medieval), o en un ámbito específico de las relaciones jurídicas (derecho internacional); al derecho subjetivo, al atribuir a los sujetos determinadas facultades de hacer, abstenerse o exigir algo; al derecho como valor, cuando el término lleva implícito un ideal de justicia; y como ciencia, al referirnos a ámbitos relacionados con el estudio o el saber sobre esta materia. Tal polisemia aporta vaguedad y ambigüedad terminológica, que a su vez entorpece los esfuerzos por alcanzar una definición unitaria.

Anteriormente apuntábamos que la pluridimensionalidad del objeto jurídico acentúa las dificultades para establecer un concepto de derecho. Hablamos en esencia de tres dimensiones, con independencia de los cambios históricos sufridos por las normas jurídicas y los enfoques de estudio:

norma, hecho social y valor ⁽¹⁾. La desigual importancia que se conceda a cada una de ellas a la hora de conceptualizar lo jurídico planteará nuevos retos a la definición del término.

Si bien tales facetas han dado lugar a diferentes estudios sobre el derecho, estas no pueden existir por separado. Ellas cohabitan en unidad, pues todas operan como elementos de un proceso. La existencia del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los elementos que lo integran. Entonces, las tres dimensiones de la realidad jurídica son importantes e imprescindibles, de manera equivalente, para el conocimiento integral del derecho, pues contribuyen a su configuración.

Tales intentos conceptualizadores han sido una expresión de la reflexión en torno a su naturaleza. Este hecho ha pretendido, según Herbert L. A. Hart, eliminar dudas sobre algunas cuestiones esenciales, entre las que figura: ¿en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral? y ¿qué relación existe entre ambas? ⁽²⁾

La comprensión y distinción entre el derecho, la coerción y la moral, en cuanto a que son fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados, ha sido uno de los grandes retos de la filosofía del derecho. La problemática se concentra en la definición del derecho a partir de la distinción con la moral o por la respuesta coactiva. Una conducta que se ubica en el terreno de la moral deja de ser optativa para transformarse en obligatoria. Las reglas en este ámbito fijan obligaciones y excluyen ciertas conductas de la libre elección.

Mucho se ha debatido acerca de la relación entre los dos campos normativos por excelencia: la moral y el derecho. En particular, la discusión se ha dado en estos tiempos, donde la superposición de temas éticos y jurídicos se produce cotidianamente en todos los ámbitos: genoma humano, cambio climático, derechos de las generaciones futuras, eutanasia, aborto, pena de muerte, por solo mencionar algunos ⁽³⁾.

La visión de que entre derecho y moral no hay espacios de confluencia, porque el derecho positivo es un campo normativo muy diferente del orden de la moral, ha cedido en la actualidad terreno ante los evidentes vínculos, directos y constantes, entre derecho y moral. Por otra parte, la noción de complementariedad que vincula a ambos conceptos data de la antigüedad. Principalmente, en el mundo clásico griego, los dos órdenes estaban con-

(1) LARRAURI TORROELLA, R., "La enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea", *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 4, nro. 7, 2006, ps. 153-165.

(2) HART, H., *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

(3) SÁNCHEZ MOLINA, O., "La relación entre la moral y el derecho. Un tema antiguo nuevamente posicionado", *Sistema de Universidad Abierta*, México, UNAM, 2020, p. 1.

solidados y resultaba casi imposible diferenciar la causa de las acciones por el orden moral sin que estas tuvieran igual relevancia jurídica, y viceversa.

Sin dudas, cualquier sistema jurídico conecta estrechamente con ciertos aspectos de la moral, hasta el punto que puede ser difícil en ocasiones establecer una clara distinción entre ambos. Además, comparten vocabulario, pues puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos. Igualmente, todos los sistemas jurídicos reproducen ciertas exigencias morales fundamentales. Por último, la noción de justicia parece unir inexorablemente ambos campos. Sin embargo, se trata de dos realidades sociales y normativas diferentes, cuya interconexión, ampliamente estudiada, se produce en el ámbito del “deber ser”.

Una perspectiva útil para analizar la relación entre derecho y moral es la tradicional contraposición entre derecho natural y positivismo jurídico, aunque en la actualidad cada uno de estos rótulos se usa para hacer referencia a una serie de tesis diferentes acerca del derecho y la moral. En el caso de la primera doctrina, se puede decir que es parte de una concepción antigua de la naturaleza. Afirma la existencia de un ordenamiento que emana de la naturaleza humana y no de la voluntad normativa de ninguna autoridad. Por tanto, estas normas y valores son válidos por sí mismos y comunes al derecho y a la moral, que constituyen formas diferentes de control social.

Dentro del iusnaturalismo se identifican dos corrientes principales que abordan desde ópticas diferentes la relación entre el derecho y la moral. En esta línea, la perspectiva ontológica sostiene que el derecho natural es el “ser” del derecho. Por tanto, el derecho positivo debe, para considerarse tal, atenerse al derecho natural. Un ordenamiento jurídico que trasgreda el derecho natural estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana. La adopción de esta postura conlleva asumir un concepto restringido de derecho, de cuyo contenido se excluyen, en general, las normas que contravienen la moral.

Por otra parte, el iusnaturalismo deontológico asevera que el derecho natural es el “deber ser” del derecho positivo. Este último debe respetar los postulados del primero, que constituye un modelo de moralidad, aunque no se niega su validez jurídica en caso contrario. Esta ampliación del concepto de derecho permite considerar como tal a todas las normas válidas según los criterios formales establecidos por cada sistema, se atengan o no a la moral de la sociedad en cuestión. Desconocer la validez jurídica de normas “inmorales” constituye una solución simplista a la compleja y sutil interacción entre derecho y moral. La adopción de un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad posibilita lidiar en mejores condiciones con la complejidad de esta cuestión.

Con la llegada del positivismo, se concibió por primera vez la posibilidad de que derecho y moral fueran dos órdenes sociales diferentes, aunque conectados. Esta perspectiva, cuyo máximo exponente fue precisamente Hans Kelsen ⁽⁴⁾, sostiene la preeminencia de la ley como fuente del derecho, pero no descarta la existencia de otras fuentes de producción normativa como la costumbre. Con esta óptica se entiende por derecho el conjunto de normas que emanan del poder estatal, bien directamente o por delegación. Los elementos básicos del positivismo pueden resumirse en: el derecho se compone exclusivamente de normas; es obra humana y, por tanto, un hecho social, histórico y convencional —a diferencia del derecho natural— y constituye una realidad independiente de la moral.

Todo lo antes dicho no implica que el derecho carezca de valores o no refuerce, con su poder, uno u otro sistema moral. Esta circunstancia es tan innegable como inevitable, pero no responde al fundamento mismo del derecho o a un orden natural, así como tampoco condiciona su validez.

Una de las manifestaciones más frecuentes de una conducta que ha dejado de ser optativa, para convertirse en obligatoria, se evidencia cuando el sujeto actúa de cierta forma no por la fuerza, sino por la existencia de una potencial consecuencia adversa en caso de rehusarse. Este es un elemento que, de una forma u otra, está siempre presente en un sistema jurídico. Su absolutización implica igualmente una simplificación de los complejos fenómenos jurídicos. Un problema medular para la filosofía del derecho ha sido distinguir el derecho y la obligación jurídica de las órdenes respaldadas por sanciones.

Podría argumentarse que la distinción entre derecho y moral reside en la manera de compeler a acatar sus normas. Siguiendo esta lógica, la fuerza del derecho sería mayor que la de la moral por su sanción institucionalizada, mientras que la de la segunda es socialmente difusa. Sin embargo, algunas evidencias sociológicas revelan una mayor coercibilidad de la moral frente a la escasa eficiencia del derecho. La autoridad y la coacción son sin dudas las características más visibles de la manera en que el derecho motiva el cumplimiento de sus normas. Como señala M. Casado, el derecho establece qué órganos e instituciones definirán las conductas genéricas, que se suponen deseables, y resolverán los conflictos particulares que se originen ⁽⁵⁾.

Teniendo en cuenta lo antes planteado, el derecho persigue la observancia de las normas jurídicas, ya sea por interés del destinatario de ellas o recurriendo a la coacción. En toda sociedad, el Estado detenta el monopolio de la fuerza, por tanto, hay reglas cuya violación conlleva el empleo de la

(4) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1982.

(5) CASADO, M., Instituto de Altos Estudios Universitarios (IAEU), 5 de junio de 2020, obtenido de Instituto de Altos Estudios Universitarios (IAEU): <https://www.iaeu.edu.es/?id=534>.

coacción estatal; mientras, otras deben cumplirse si se quiere contar con su respaldo para hacer efectivo un pacto privado. Esto hace que ciertas personas observen el derecho por razones prácticas y prudenciales.

II.1. Contextualización del surgimiento del derecho internacional

El derecho internacional cuenta con una rica tradición filosófica. Si bien en la Antigüedad y la Edad Media no puede hablarse de ordenamiento jurídico internacional —debido al escaso desarrollo de las relaciones entre los pueblos y por tanto la inexistencia de una comunidad internacional propiamente dicha— no faltaron especulaciones filosóficas sobre hechos de la convivencia humana en los territorios entonces conocidos ⁽⁶⁾. La guerra y la paz, las alianzas religiosas y políticas, la delimitación de fronteras, la colonización, el comercio y los tributos fueron algunos de los ámbitos objeto de reflexiones filosóficas relativas a la libertad, la justicia y el orden.

Hacia finales de la Edad Media, la comunidad internacional europea comenzó a experimentar cambios importantes. La autoridad de la Iglesia católica, que había proporcionado unidad a la sociedad internacional del viejo continente, comenzó a debilitarse bajo el influjo de las ambiciones nacionalistas de los monarcas, el secularismo naciente y el cisma de occidente. El renacimiento italiano y la reforma luterana contribuyeron a acentuar la decadencia del catolicismo. La conquista y colonización de América amplió los horizontes del mundo conocido y creó nuevas oportunidades de intercambios entre pueblos, civilizaciones y culturas.

Como evidencia de que la reflexión iusfilosófica no resultaba ajena a la creación de normas jurídicas, el derecho internacional clásico surgió en el siglo XVI, en un ambiente filosófico bajo la égida del derecho natural. Acunado por la teología y la filosofía, comenzó a formarse un sólido cuerpo de doctrina jurídica, como “iusfilosofía y politosofía de la sociedad mundial” ⁽⁷⁾, que más tarde se transformaría en normas y tratados reguladores de la convivencia entre los pueblos.

El padre de la disciplina, Hugo Grotius, la consideró una rama del derecho natural. En igual sentido, pensadores iusnaturalistas relevantes como Emer de Vattel, Francisco de Vitoria y Samuel Pufendorf, afirmaron que el derecho internacional era derecho en estado puro, porque regulaba relaciones entre entidades soberanas, no subordinadas a autoridad superior alguna ⁽⁸⁾.

(6) GONZÁLEZ URIBE, H., “Prólogo”, en A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, *Filosofía del Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, ps. IX-XXII.

(7) BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., *Filosofía del Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.

(8) TESÓN, F., “Filosofía del Derecho Internacional”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 2299.

Esta tradición filosófica se vio interrumpida a partir de la segunda mitad del siglo XIX, asociado al desarrollo industrial en Europa y los importantes avances acaecidos en la ciencia y la técnica. La vinculación del derecho internacional con la filosofía se fue diluyendo paulatinamente con el auge del positivismo, frontalmente opuesto a la reflexión filosófica normativa y las propuestas trascendentalistas del iusnaturalismo⁽⁹⁾. A propósito de esta realidad, en el deseo de dotar de respetabilidad al derecho internacional, cuya juridicidad había estado en tela de juicio desde sus inicios, los internacionalistas apostaron por el lenguaje y las herramientas propias del derecho interno de la época, que eran las del positivismo, marcando el declive de la filosofía del derecho internacional. Ya hacia el siglo XX, la doctrina iusinternacionalista aparecía filosóficamente empobrecida en comparación con otras ramas del derecho⁽¹⁰⁾.

Con las dos conflagraciones mundiales, el mito de la ciencia y el progreso llegó a su fin. Se imponía la búsqueda de otro elemento que le diera sentido a la existencia. En materia jurídica, el formalismo propio del positivismo resultó inútil, a pesar de su aparente perfección técnica. Entonces tuvo lugar un paulatino retorno al iusnaturalismo y un renacer de la preocupación por los temas filosóficos.

II.2. Filosofía del derecho internacional

El derecho internacional y la filosofía han mantenido una estrecha relación. Incluso, desde la óptica positivista, existe una filosofía implícita en el derecho internacional: la búsqueda del núcleo más íntimo y fundamental del derecho internacional, su esencia.

El derecho internacional abarca disímiles cuestiones de absoluta actualidad. El debate ha sido constante en torno a si es una rama autónoma del derecho, qué normas deben regir la sociedad internacional, cuál es la naturaleza de su obligatoriedad, cómo se produce la creación de la norma jurídica internacional. De igual forma, son fundamentales las ideas que surgen acerca de las fuentes del ordenamiento jurídico internacional, los fundamentos del derecho penal internacional, el derecho internacional ambiental y el comercio internacional.

Ahora bien, hay que decir que alrededor del uso del vocablo “derecho” hay varias discrepancias. Aunque desde hace más de 200 años, el vocablo “derecho” ha sido usado para referirse al ordenamiento jurídico internacio-

(9) BERTOT TRIANA, H., *El pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Un acercamiento crítico a la Teoría Pura del Derecho*, Bogotá, D.C. - Colombia, Uniacademia Leyer, 2019.

(10) TESÓN, E., “Filosofía (...)”, op. cit., p. 2299.

nal ⁽¹¹⁾, la ausencia de un órgano legislativo mundial, de jurisdicción internacional compulsiva y de sanciones centralmente organizadas ha generado inquietud entre los teóricos. Así, se generó el primer gran cuestionamiento de la filosofía en esta materia: ¿es el derecho internacional realmente derecho?

En un intento por defender el carácter jurídico de esta disciplina, se comete frecuentemente el error de minimizar las diferencias formales entre derecho internacional y derecho interno, que constituyen, en última instancia, los elementos distintivos de esta rama. Son precisamente esas singularidades las que han dificultado la conceptualización del derecho internacional. Además, la definición del ordenamiento jurídico internacional se ha visto complejizada gracias a otras realidades.

Sin lugar a dudas, uno de estos obstáculos ha sido que la actual sociedad internacional acoge en su seno, simultáneamente, una estructura predominantemente interestatal, descentralizada, paritaria y fragmentada; una estructura institucional visible en la cooperación de las organizaciones internacionales; y, por último, una estructura comunitaria regida por el principio de la solidaridad, todavía en proceso de formación. A esta particular composición se ha unido su dinamismo y permanente evolución, junto a la tendencia a la ampliación de las relaciones. En consecuencia, existe multiplicidad de conceptos de derecho internacional, que enfatizan bien el objeto de regulación, bien los sujetos obligados, por solo citar dos perspectivas.

El concepto amplio de derecho internacional general, ofrecido por Diez de Velasco, enfatiza el carácter sistémico de la disciplina e, igualmente, su realidad como proceso dinámico, jurídico, distinto de la moral y las cortesías internacionales e historicidad: “sistema de normas y principios que forman el Ordenamiento jurídico de la Sociedad internacional contemporánea” ⁽¹²⁾.

En el siglo XX, bajo el influjo del positivismo, el interés se desplazó del concepto del derecho internacional hacia su fundamento, entendido como su naturaleza y la obligatoriedad de sus normas. Como ya se ha analizado, las dudas sobre el carácter jurídico del derecho internacional surgen, por lo general, de una comparación errónea con el derecho nacional, que es considerado el paradigma del derecho. La ausencia de un mecanismo coactivo que se asemeje a las sanciones del derecho interno conduce frecuentemente

(11) “El término derecho internacional fue empleado por primera vez por el filósofo y jurista británico Jeremías Bentham en 1780. Con anterioridad, esta rama del derecho era conocida como derecho de gentes, expresión que provenía del *ius gentium* del derecho romano y que posteriormente, en la Edad Media, pasó a designar al derecho común de los diferentes pueblos, de donde lo extrajeron los fundadores de esta disciplina”. Vid. ROMERO PUENTES, Y., *Derecho internacional público*. Parte General, La Habana, Imprenta MINREX, 2017, p. 1.

(12) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 75.

a aseverar que el ordenamiento jurídico internacional no tiene carácter vinculante. La dificultad para explicar que un Estado soberano pueda quedar obligado por normas internacionales ha sido uno de los más frecuentes argumentos en contra de la obligatoriedad del derecho internacional. Aquellos que niegan su juridicidad suelen alegar que se trata de la expresión de la política de fuerza de los Estados, de una cortesía internacional o de un conjunto de normas de carácter moral, en cualquier caso, carentes de obligatoriedad.

Históricamente se ha impuesto el criterio de que el derecho internacional es una rama del derecho, con particularidades, especialmente en la elaboración de sus normas y su aplicación, que se corresponden con el medio social regulado. También se ha expuesto que el ordenamiento jurídico internacional evoluciona según su propia lógica y se distingue por la soberanía que detentan sus sujetos por excelencia: los Estados. No obstante, alrededor del fundamento del derecho internacional persisten las discrepancias, sobre todo en torno a la pregunta: ¿por qué obligan las normas jurídicas internacionales?

En un intento por buscar respuestas a tal interrogante, una mirada a la historia afirma que los primeros iusinternacionalistas abogaban por el derecho natural —como hemos señalado anteriormente—, en el que fundaban la validez del ordenamiento jurídico internacional⁽¹³⁾. Si bien esta corriente tributó al surgimiento y a la conceptualización inicial de la disciplina, fue resultando ineficaz ante la ampliación e intensificación de las relaciones internacionales. Le siguieron así, nuevas doctrinas que pretendieron enfocar el fundamento del derecho internacional desde otras ópticas. A grandes rasgos pueden identificarse dos grandes vertientes: una voluntarista, que sustenta la obligatoriedad del derecho internacional en la voluntad de los Estados; y otra objetiva, que busca fuera de la propia área el fundamento de aquella.

Las teorías voluntaristas sostienen que la fuerza obligatoria del derecho internacional reposa en la voluntad del Estado. Ya sea porque este limita su voluntad respecto de otros Estados en cuanto a las relaciones que mantiene con estos (autolimitación); o porque el derecho internacional se entiende como una especie de extensión del propio derecho estatal, que rige las relaciones del Estado en materia externa; o por la existencia de acuerdos colectivos que se originan en una voluntad común conformada a partir de las voluntades particulares de los Estados.

El peso del consentimiento de los Estados en la formación del derecho internacional es innegable. Este responde no solo al carácter soberano de estos, sino a la descentralización y escasa institucionalización de la socie-

(13) ROMERO PUENTES, Y., *Derecho internacional (...)*, op. cit.

dad internacional, que propician el carácter consensual del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. No obstante, no puede recaer la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales, exclusivamente, en la voluntad estatal, pues es incuestionable la existencia de normas, cuyo carácter vinculante nada tiene que ver con el consentimiento de los sujetos. Es el caso de las normas imperativas o de *ius cogens*, que no admiten pacto en contrario.

Por su parte, las teorías objetivas plantearon que la validez y la obligatoriedad jurídica de la norma internacional no dependían de una voluntad, sino de otra norma jurídica. Distintas corrientes identificaron como norma fundamental sobre la producción jurídica, cuya juridicidad habrá de admitirse como un postulado: la regla *pacta sunt servanda*, la costumbre como hecho productor de derecho, otra regla individualizada recurriendo a la dogmática o un grupo de ellas.

Más recientemente, la búsqueda del fundamento de validez del derecho internacional se desplazó hacia la sociedad, concretamente a la internacional, y a las relaciones internacionales. En este sentido, el denominado “sociologismo jurídico” tuvo el mérito de destacar que el derecho no es solo un conjunto de normas, sino un fenómeno social ⁽¹⁴⁾.

Como se ha analizado, el derecho internacional tiene una larga tradición iusnaturalista que, en su vertiente moderna apuesta por concretar el derecho natural en unos principios generales del derecho, precisos y positivados. También en el ámbito de la reacción ante el positivismo y su “neutralidad ideológica” surge una corriente “militante”, que reivindica al derecho internacional y su doctrina como un instrumento de acción política, desde una u otra filiación política.

En términos generales, ninguna de las teorías objetivas puede explicar enteramente la esencia del derecho internacional. Cada una de ellas pone de relieve argumentos que aportan a la fundamentación de la obligatoriedad y validez del ordenamiento jurídico internacional. El fundamento del derecho internacional continuará siendo objeto de debate, debido a la notoriedad de sus violaciones y la composición de la sociedad internacional. Aunque, por lo general, los actores de las relaciones internacionales no se plantean esta problemática iusfilosófica, la posición que asumen al respecto repercute en su práctica e influye de una u otra forma en la configuración del orden internacional.

(14) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., Instituciones (...), op. cit.

III. LA TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN KELSEN. VALORACIONES GENERALES

III.1. La supervivencia del derecho internacional

La obra científica y docente de Hans Kelsen está indisolublemente ligada al derecho internacional. A lo largo de todo su quehacer científico y filosófico se materializaron casi 400 obras, 106 de las cuales fueron dedicadas al derecho internacional ⁽¹⁵⁾. Las circunstancias históricas que él vivió, especialmente la Segunda Guerra Mundial y la persecución nazi a los judíos, marcaron sus análisis, principalmente a partir de la fundamentación axiológica y jurídica de un ordenamiento jurídico internacional garante de la paz mundial.

El pacifismo de Kelsen está basado en el derecho como mecanismo capaz de sustituir paulatinamente la guerra por la coactividad derivada de órganos internacionales centralizados, capaces de neutralizar el ejercicio de acciones bélicas. No se sustenta en la renuncia a la guerra, ya que para él es el principal elemento que le permite afirmar la existencia del derecho internacional ⁽¹⁶⁾. Sin embargo, la organicidad del derecho internacional y su dependencia deontológica de la evolución de la sociedad internacional ha dejado atrás análisis estructurales, únicamente en torno y/o subordinados a la paz y el no uso de la fuerza. El desarrollo de las relaciones entre los sujetos del derecho internacional público (DIP) y la configuración de sus nuevas subramas, como el derecho internacional económico, el derecho internacional ambiental, el derecho internacional comercial; así como la internacionalización de una amplia gama de ramas de ordenamiento interno como el derecho penal, el derecho de familia, el derecho energético, entre otros, confirman la organicidad y autonomía del DIP y su objeto de estudio: las relaciones jurídicas que se crean, modifican y extinguen en el marco de la sociedad internacional.

La paz y la prohibición del recurso a la fuerza siguen siendo una prioridad, mucho más en la actualidad, cuando se han desarrollado amenazas más complejas, generadas por el desarrollo de las tecnologías, la inteligencia artificial y el aprendizaje automático; y además porque se mantiene la tendencia de generar el desmantelamiento de la estructura internacional de control de armamentos nucleares ⁽¹⁷⁾. Junto con ello, resulta impres-

(15) BERSIER LADAVAC, N., "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", *European Journal of International Law* (9), 1998, ps. 391-400.

(16) GARCÍA SAEZ, J. A., *El decenio internacionalista de Hans Kelsen. Colonia y Ginebra (1930-1940)*, Valencia, colección eStudies, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, 2012.

(17) En agosto de 2019 se puso fin al Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio (Tratado INF), firmado por la Unión Soviética y Estados Unidos en 1987. En el año 2021 finaliza el Tratado

cindible además prestar especial atención a la protección de los recursos naturales y la biodiversidad en nuestro planeta, como premisa para conservar las condiciones que sustentan la vida en él. También la estructura económico-financiero-comercial es imprescindible para salvaguardar el ideal de progreso y las condiciones de vida de todos y cada uno de los seres humanos, los territorios y los Estados, no solo por la generación de mejoras, sino por el enfrentamiento a posturas que reniegan de estas mejoras, en pos de mantener el *statu quo* de unos pocos. El análisis del funcionamiento de las organizaciones internacionales también tiene hoy un lugar esencial, en tanto las soluciones más complejas y diversas en las últimas décadas se han canalizado desde las negociaciones internacionales en estos foros, al mismo tiempo que posiciones de alto riesgo e impacto negativo en el mundo, sobre todo para los países en desarrollo y menos adelantados.

En definitiva, en el añorado mundo de paz y sin amenazas a esta, no dejaría de existir el derecho internacional ni desaparecería su objeto de regulación, pues este ya no colinda únicamente con la paz/guerra, sino que ha evolucionado a la par de la sociedad internacional que organiza. Evidentemente, no es posible atribuirle estas previsiones a Kelsen, en un momento donde el imperativo era evitar a toda costa una tercera confrontación mundial, ya que toda posición filosófica que pretenda construir una teoría con dimensión social tiene que vincularse a su realidad. En su perspectiva de lo social representa una idealización o abstracción de disímiles realidades, que se desarrolla en un marco valorativo de una realidad que media en una interrelación dialéctica de la acción consciente-inconsciente de los hombres en condiciones materiales y espirituales concretas ⁽¹⁸⁾.

III.2. Valoraciones en torno a la concepción kelseniana de ordenamiento jurídico internacional y su relación con el derecho interno

Desde los primeros debates entre monismo y dualismo, las relaciones entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales han sido materia de gran interés para los académicos del derecho internacional. La teoría del derecho internacional no debe ser vista simplemente como una parte más dentro de la teoría general del derecho, sino como una parte integral y esencial de ella ⁽¹⁹⁾.

De acuerdo con el dualismo, el derecho internacional y el derecho interno son distintos sistemas jurídicos que, en su validez, son independientes

sobre la Reducción de las Armas Estratégicas (Nuevo Tratado START), a menos que se prorrogue, tema que se negocia en la actualidad entre Estados Unidos y la Federación Rusa, sin avances.

(18) BERTOT TRIANA, H., El pensamiento jurídico de Hans Kelsen (...), op. cit.

(19) GARCÍA SAEZ, J. A., El decenio internacionalista (...), op. cit., p. 7.

uno de otro, pero, al mismo tiempo, equivalentes ⁽²⁰⁾. Así, el comportamiento del individuo puede ser juzgado tanto según el punto de vista del derecho internacional como, además, según el punto de vista del derecho estatal, y no simplemente desde el punto de vista de uno u otro. En cambio, de acuerdo con la postura monista, el derecho internacional y el interno forman una unidad: o el derecho internacional está por encima del derecho estatal, de tal forma que las bases de la validez del derecho estatal deben encontrarse en el derecho internacional (primacía del derecho internacional) o, en cambio, el derecho estatal está por encima del internacional, de manera tal que las bases de la validez del derecho internacional reside en el derecho estatal (primacía del derecho estatal) ⁽²¹⁾.

En su teoría pura ⁽²²⁾, Kelsen argumenta la unidad del conocimiento científico y, por ende, rompe con el dualismo mayoritario en los análisis del siglo XIX. Esta posición la sostuvo hasta el final, con el argumento de que “[l]a materia de una teoría general del derecho son las normas jurídicas, sus elementos, su interrelación, el ordenamiento jurídico como un todo, su estructura, la relación entre diferentes ordenamientos jurídicos y, finalmente, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos” ⁽²³⁾.

Kelsen insiste respecto de la unidad gnoseológica de la ciencia jurídica, en la necesidad de superar el dualismo que persiste en el reconocimiento de dos órdenes (internacional e interno) de manera separada y paralela, en función de la diferencia de sus objetos de regulación. En la teoría del derecho internacional privilegia un sistema único donde prime la subordinación de una norma inferior a una superior, siendo esta superior parte del derecho internacional que equipara a la comunidad internacional ⁽²⁴⁾. Sin embargo, es costoso visualizar la materialización de la subordinación planteada, y base de la paz internacional, cuando en buena parte de su obra pone al Estado como centro, al que difícilmente se le pueden poner condiciones en su actuar.

Es preciso valorar el monismo radical de Kelsen, de conjunto con su aspiración de lograr la paz mundial a través de la existencia de órganos internacionales centralizados. No serían eficaces este tipo de órganos si existie-

(20) KELSEN, H., “Sovereignty”, en S. PAULSON y B. LITSCHESKI PAULSON (Edits.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, ps. 500-560.

(21) VITA, L., “Soberanía y derecho internacional en el pensamiento jurídico de Weimar”, *Journal of International Law*, vol. 3, 01, junio de 2012, ps. 7-24.

(22) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, op. cit.

(23) KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 5a reimposición, México DE, UNAM, 1995, p. 156.

(24) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, op. cit.

ran tantos ordenamientos paralelos como Estados, sin ninguna relación de subordinación preestablecida.

Sin embargo, su presupuesto teórico de obligatoriedad entre la norma interna y la norma internacional no encuentra fundamento en la práctica del ordenamiento internacional. La Carta de las Naciones Unidas, que pudiéramos considerar como la norma originaria donde debiera incluirse esta relación de subordinación, no abordó en su articulado la correlación entre la norma interna y la norma internacional. Tampoco se ha establecido una costumbre jurídica al respecto. Como señalara D'Estefano: "La correlación entre la ley nacional y la ley internacional es de un interés teórico-práctico muy acusado; debe atenerse a la función de la unidad orgánica de los dos cuerpos de derecho y no resolverse, simplemente por las ideas de la subordinación de uno a otro" ⁽²⁵⁾. El derecho internacional y el derecho interno constituyen dos ramas de un mismo ordenamiento jurídico, entre las cuales existe comunicación que puede derivar en posibles conflictos normativos; las soluciones dependerán de la configuración legal adoptada internamente, pero siempre en el entendido de la existencia de un solo sistema jurídico con límites fijados por el derecho internacional ⁽²⁶⁾. Es importante añadir, como uno de los límites del derecho internacional, la obligación jurídica internacional de no invocar el derecho interno para incumplir el contenido de un tratado, para las partes de la Convención de Viena de derecho de tratados (cfr. art. 27) ⁽²⁷⁾.

Otro elemento controvertido del análisis de Kelsen del ordenamiento internacional es el papel que le otorga a la costumbre jurídica internacional, como la verdadera norma fundamental del derecho internacional. Resulta clara la intención de explicar el funcionamiento jurídico internacional a partir de la extrapolación de la jerarquización normativa de su teoría pura del derecho, y la necesidad de encontrar una norma de habilitación que otorgue validez a la producción normativa internacional. En lo que respecta al derecho internacional, suponer que esa norma originaria y suprema es la costumbre, conduce a una irreal estratificación del orden internacional ⁽²⁸⁾.

Por otro lado, la práctica internacional y la ya mencionada internacionalización de muchas materias que solían ser de ordenamiento interno, como también él avizorara, han mostrado que hay contenidos normativizados en tratados sin tener antecedentes en una norma consuetudinaria. La fundamentación de Kelsen de que en estos casos el tratado es producto de

(25) D'ESTEFANO PISANI, M. A., "Hans Kelsen y el Derecho Internacional", *Revista Cubana de Derecho* (6), 1992, ps. 24-32.

(26) VERDROSS, A., *Derecho internacional Público*, 6a edición española, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.

(27) Naciones Unidas, recuperado el 30 de junio de 2020, disponible en www.oas.org: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf.

(28) ROMERO PUENTES, Y., *Derecho internacional (...)*, op. cit.

la aplicación del principio *pacta sunt servanda* colisiona con sus propios argumentos sobre la unicidad del ordenamiento y la inexistencia de un orden paralelo superior. Coincidimos con Becerra en que las normas del derecho internacional público tienen su origen en la necesidad de ordenar los intereses y las relaciones de todos los integrantes heterogéneos de la sociedad internacional. El derecho internacional es una construcción ideal, es un invento social que encuentra su origen en la necesidad de regulación de las relaciones de sus componentes; las reglas jurídicas se han venido ajustando a las necesidades de la sociedad internacional en cada momento histórico. Al mismo tiempo, el derecho internacional ha permeado el camino en la evolución de esta sociedad internacional ⁽²⁹⁾.

III.3. Kelsen y la coactividad del derecho internacional

El derecho es una creación del Estado, que cuenta con los medios para hacerlo cumplir. Todo ordenamiento jurídico tiene un elemento coactivo normativo y estructural a partir del cual se garantizan los fines del Estado y que representa la moral media de la sociedad. Para Kelsen, como ya hemos señalado, el derecho internacional formaba parte del ordenamiento y por ende lo concebía como un orden coactivo con instrumentos sancionadores en el ámbito de la comunidad internacional.

Tal y como se ha señalado, el binomio guerra/paz constituyó la base de los análisis del austriaco en materia de derecho internacional, de conjunto con la no renuncia a la guerra. Es precisamente la guerra, como uno de los instrumentos coactivos que concibe, el elemento clave que sustenta sus análisis sobre la juridicidad del derecho internacional y, con ella, la primacía del orden jurídico internacional sobre los ordenamientos estatales. Resulta coherente con su teoría pura del derecho analizar el hecho de la incongruencia en prohibir el uso de la fuerza, ya que cualquier actuar, como la legítima defensa, sería de igual forma ilegal. Por ello es que defiende mantener la opción bélica de un modo centralizado, pero en el marco de un ordenamiento donde se especifique claramente las circunstancias, los límites para su realización, así como la prohibición del ejercicio por particulares. Es decir, para Kelsen todo uso de la fuerza que no tenga el carácter de una medida colectiva, como señala la Carta de la ONU en los arts. 41 y 42, está prohibido; incluyendo el art. 41, referido a medidas que no implican el uso

(29) BECERRA RAMÍREZ, M., "La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional", en S. GARCÍA RAMÍREZ & M. CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, ps. 291-317.

de la fuerza armada, sino políticas, económicas, etc. ⁽³⁰⁾. Aquí se evidencia el papel pacificador que le atribuye al derecho.

Por último, la vigencia del principio de efectividad configura la eficacia como un requisito general de validez de un ordenamiento jurídico. Esta circunstancia puede ser relacionada directamente con la naturaleza esencialmente coactiva que presenta el derecho dentro del esquema kelseniano. La coacción es un fenómeno accesorio de la observancia de las normas jurídicas internacionales. Sin embargo, el carácter obligatorio de una norma jurídica internacional no puede determinarse de una manera simple, la coacción le es inmanente como todo derecho, pero cuenta con mecanismos propios, peculiares de realizarse diferentes a los del ordenamiento interno ⁽³¹⁾.

Hans Kelsen contribuyó al desarrollo de la lógica y de la expresión científica del derecho internacional, lo cual significó una contribución notable ⁽³²⁾. Kelsen logró anticiparse a muchos de los problemas jurídicos e institucionales que planteó el nuevo orden mundial tras la caída del muro y los avances de la globalización. La creciente afirmación de la doctrina de los derechos humanos y la operatividad de subjetividad del derecho internacional también para individuos, es una muestra de que las ideas de Kelsen sobre el derecho internacional no carecen de actualidad.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL PENSAMIENTO DE CARLOS COSSIO

IV.1. Teoría egológica en contexto

Creada y desarrollada por el jurista argentino Carlos Cossio, la teoría egológica del derecho es una de las más importantes aproximaciones iusfilosóficas del siglo XX, en tanto aporta un punto de vista novedoso y bien elaborado para aproximarse al fenómeno jurídico. Coincidimos con Machado Neto en que “en poco más de un cuarto de siglo y computando la desventaja de haber nacido en un país periférico del mundo occidental, si bien no podemos decir que la teoría egológica ha dado la vuelta al mundo, como suele decirse de aquellas ideas que reconocen vigencia universal, es indudable que tiene asegurado un lugar dentro del panorama de las doctrinas actuales cuyo objetivo es alcanzar una adecuada conceptualización del derecho y de la ciencia que lo estudia” ⁽³³⁾.

(30) Naciones Unidas, Organization of American States, recuperado el 29 de junio de 2020, disponible en www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf.

(31) D'ESTEFANO PISANI, M. A., “Hans Kelsen y el Derecho (...)”, op. cit., ps. 24-32.

(32) *ibíd.*, ps. 24-32.

(33) MACHADO NETO, A. L., *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.

Esta teoría, en su construcción partió en gran medida del diálogo con la teoría pura del derecho, de Kelsen, que gozaba en ese momento de gran reconocimiento internacional. Dicho diálogo alcanzó su máxima expresión durante la visita de Hans Kelsen a la Argentina, en el año 1949. De esta manera, no es extraño que el estudio de la teoría egológica aparezca ligado a la relación entre ambas concepciones del derecho y al debate suscitado entre sus principales exponentes. Por supuesto, nada de esto resta a la teoría egológica el valor que detenta *per se*, más allá de su relación con las ideas kelsenianas.

Cossio partió de bases filosóficas diferentes al positivismo del jurista austriaco, al beber fundamentalmente de la fenomenología y el existencialismo. Así, utiliza la reducción fenomenológica para aproximarse al derecho en tanto objeto, intentando llegar a él desde la contemplación desinteresada. Esto tiene consecuencias para la conceptualización que hace del derecho. Tanto el tipo de objeto que es, como los elementos que lo conforman, son determinados por Cossio sobre la base de un proceder fenomenológico, tal y como se verá más adelante.

Del existencialismo son palpables también sus influencias, especialmente en lo que se refiere a su concepción del tiempo. Así, uno de los aspectos más llamativos en los que Cossio bebe de Heidegger es el rechazo al tiempo cosmológico, el que marcan los relojes. Abraza entonces una concepción de este más ligada a la existencia humana, con énfasis en la significación que tienen para esta las nociones de presente, pasado y futuro:

“El tiempo cosmológico consta de instantes sucesivos como partes a la vez excluyentes (para poder ser sucesivas) y homogéneas por vacías, cual se ve en los relojes con sus horas iguales.

”El tiempo existencial no consta de instantes sucesivos, sino de totalidades sucesivas, cada una llena y heterogénea”⁽³⁴⁾.

“El tiempo cosmológico tiene un presente paradójal por inhallable, ya que quitando su tramo más minúsculo todo lo que en él fuere pasado y futuro, lo propiamente presente sería un tiempo sin tiempo (...). En cambio, el presente existencial es dueño siempre de un poco de pasado que sobrevive y de un poco de futuro que se anticipa; aun el instante tiene temporalidad, es decir, pasado, presente y futuro; lo paradójal en este presente es que coexiste lo sucesivo”⁽³⁵⁾.

“Pasado y Futuro son idénticos en el tiempo cosmológico, por lo que la previsión del futuro solo es aquí la repetición del pasado, como lo comprue-

(34) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

(35) *ibid.*

ba cualquier ciencia natural que puede decirnos lo que ocurrirá sobre la base de haberlo verificado en lo que ha ocurrido. En el tiempo existencial, con ser diversos pasado y futuro, la previsión de este es la visión de lo nuevo, lo original” (36).

“La reversibilidad del tiempo cosmológico es la de instantes irrevocables, esto es, la de instantes que no pueden dejar de ser como ya han sido. En cambio, la irreversibilidad del tiempo existencial es la de instantes revocables, pues el pasado, al sobrevivir, va cobrando y consumando su sentido aún en contra de lo que en su momento resultaba ser” (37).

A pesar de partir de referentes distintos, Cossio entendió a la teoría pura como válida para la comprensión de la dimensión lógico-formal del derecho dentro de la propia teoría egológica, es decir, es esencialmente lógica jurídica. Su alcance debe ser establecido en ese marco y no debe tener en sus pretensiones, ser un conocimiento totalizador del fenómeno jurídico o ser capaz de explicar todas sus relaciones y determinaciones. De esta manera, a los ojos de Cossio, la teoría egológica logra una auténtica superación de la teoría pura, al contenerla dentro de sí y a la vez delimitar su verdadero ámbito de veracidad (38).

Teniendo estas consideraciones como base, Cossio inicia su estudio del derecho procediendo a identificar lo que es el derecho, a partir de aislarlo como objeto y eliminar sus predicados. Partiendo de la clasificación de los objetos en ideales, naturales, culturales y metafísicos (39), identifica al derecho como un objeto cultural, o sea, que está ligado a la vida del ser humano y tiene una significación más allá de la naturaleza. El rasgo que distingue a los objetos culturales es su doble constitución. Un objeto cultural se distingue de uno natural en la significación que tiene para el hombre, y a su vez, de uno ideal, en que tiene una materialidad, es tangible.

Significa que los objetos culturales tienen un sustrato y un sentido, y el reunir ambas es lo que permite a estos ser clasificados como tales. Tomemos, por ejemplo, una estatua. Está formada por un bloque de piedra al que se ha dado determinada forma, he ahí su sustrato. Pero ese bloque *per se* no llega a ser una estatua. Para serlo debe estar dotado de sentido, y ese sentido en la estatua consiste en ser una representación de otro objeto que provoca una determinada reacción en su espectador (40).

Al entenderse al derecho como un objeto cultural este debe reunir ambos elementos. Como sustrato del derecho, Cossio identifica a las conductas

(36) *id.*

(37) *id.*

(38) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho (...)*, op. cit., p. 356.

(39) *ibíd.*, p. 56.

(40) *id.*, ps. 63-65.

de los seres humanos. Toda norma jurídica supone una estimación o desestimación de conductas humanas, siempre prescriben que estos se comporten de una forma o de otra. La conducta es, entonces, el elemento material y tangible del derecho.

Ahora, la mera conducta, el actuar por el actuar, no llega a la constitución de un objeto cultural. Para llegar a esta condición, el derecho precisa de sentido. Este sentido se concreta en el valor que la conducta adquiere para los seres humanos. La estimación o desestimación que se hace de ella. Pero no basta con estas para hallar la esencia de lo que el derecho es, pues hecha solo esta consideración no se le puede diferenciar de otros órdenes como la moral. El derecho es conducta en su interferencia intersubjetiva, pues a diferencia de la moral, que se mantiene en el dominio del fuero interno de cada cual, en el derecho, a la conducta de uno debe seguir otra conducta de otro ser humano. Si un sujeto dado viola una norma, otro debe hacerle responder por ello. Si aquel, a la inversa, cumple la norma, este está obligado a no impedírselo ⁽⁴¹⁾.

Son ilustrativas en este sentido las palabras de Pisi de Catalini:

“Una de las determinaciones de la conducta jurídica así delimitada se presenta como interferencia intersubjetiva. Mi propia conducta puede relacionarse o interferir con otras conductas mías o con las de otros sujetos. Si hay un *hacer* y un *omitir* conductas del mismo sujeto, la interferencia es subjetiva y es objeto del conocimiento moral” ⁽⁴²⁾.

IV.2. *El derecho internacional y la teoría egológica*

En lo que respecta al derecho internacional, existe una diferencia fundamental entre Kelsen y Cossio. Mientras el primero tiene una producción doctrinal abundante en lo que respecta a este sistema normativo, Cossio tiene referencias escasas al tema, y no construyó un cuerpo doctrinal al respecto. Por ello, en adelante se buscará analizar algunos de los puntos de la teoría egológica válidos para todo derecho, y a partir de ellos buscar qué respuesta pueden brindar al derecho internacional, en relación con los resultados de la obra kelseniana.

Lo primero que despierta interés es la juridicidad del derecho internacional frente a la teoría egológica. Partiendo de las consideraciones expuestas con anterioridad, habría que analizar al derecho internacional como objeto cultural, para ver si coincide con los elementos que, siguiendo a Cossio, caracterizan al derecho. Como para Cossio el sustrato del derecho es la con-

(41) *id.*, ps. 76 y 77.

(42) PISI DE CATALINI, M., “La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale”, *Anuario de Filosofía Argentina y Americana*, 1992, p. 55.

ducta humana, puede parecer difícil hacer entrar en este marco a un orden en el que los seres humanos carecen de subjetividad.

Pero esto no es una contradicción real. Debemos recordar que, aunque a la persona humana se le imputen conductas de forma muy excepcional en el derecho internacional, el origen de cada conducta de un sujeto internacional puede ser rastreado hasta un ser humano. Así, detrás de los actos de los Estados, las organizaciones internacionales o los beligerantes, se hallan los jefes de Estado y de gobierno y sus plenipotenciarios, los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales y los funcionarios de estas, o los jefes de los grupos armados considerados beligerantes. Podemos entender entonces que el derecho internacional tiene a la conducta humana como su sustrato material.

El tema del sentido en el derecho internacional resulta de mayor sencillez. No es necesario explicar cómo en este las conductas son estimadas o desestimadas. El otro elemento necesario para la consideración de un orden normativo como jurídico, a saber, que las conductas sean valoradas en su interferencia intersubjetiva, también se presenta. La prueba de ello se puede ver en la responsabilidad internacional y, sobre todo, en los mecanismos para realizarla. Tanto las autotutelas como los medios de solución pacífica de diferencias evidencian la procedencia de conductas debidas (la reparación y la ejecución de esta) ante un quebranto del orden jurídico. O sea: a una conducta de un sujeto corresponde la conducta de otro ⁽⁴³⁾.

Como se dijo antes, Cossio es un autor fundamentalmente volcado hacia los ordenamientos internos, y son escasas las referencias al derecho internacional en su obra. El autor argentino se aproxima al derecho internacional mientras analiza la obra de Kelsen y su lugar dentro de la teoría egológica, concretamente en lo referido a la unificación de los dualismos presentes en la ciencia jurídica por parte de este. La teoría pura de Kelsen implicaba, desde su propia lógica, la superación de los dualismos derecho natural/derecho positivo, derecho público/derecho privado, Estado/derecho, entre otros. Uno de esos dualismos es precisamente el que se establece entre derecho interno y el derecho internacional ⁽⁴⁴⁾.

Como se vio en el epígrafe anterior, la superación de este dualismo por Kelsen se logra por medio de la asunción de una teoría monista en relación con el derecho internacional y el derecho interno, de modo que no se rompiera la cadena de validez que daba unidad al derecho como un sistema único. De este modo, Kelsen justifica el monismo en los términos siguientes:

(43) DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones (...)*, op. cit.

(44) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, op. cit.

“La concepción de que el derecho estatal y el derecho internacional son dos órdenes jurídicos entre sí distintos, independientes recíprocamente en su validez, encuentra justificación en lo esencial en la existencia de conflictos insolubles entre ambos. Una investigación más detallada muestra, sin embargo, que lo que se considera un conflicto entre normas del derecho internacional y las normas de un derecho estatal no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente”⁽⁴⁵⁾.

Se ve, sobre todo, un conflicto semejante en el hecho de que una ley estatal puede oponerse a un tratado internacional, como, poniendo por caso, cuando un Estado está obligado por tratado a otorgar a los pertenecientes a una minoría los mismos derechos políticos que a los miembros de la mayoría, mientras que por ley de ese Estado se priva a los miembros de la minoría de todo derecho político, sin que esta oposición afecte la validez de la ley o la validez del tratado. Solo que este hecho encuentra su analogía plena dentro del orden jurídico particular del Estado, sin que por ello se ponga en duda en forma alguna su unidad. También la denominada ley inconstitucional es una ley válida, permaneciendo así, sin que por ello la Constitución sea suprimida o tenga que considerarse que ha sido enmendada. También la llamada sentencia *contra legem* es una norma válida, guardando validez en tanto y en cuanto no sea revocada por otra sentencia. Que la “contrariedad normativa” de una norma no significa un conflicto entre una norma inferior y una norma superior, sino solo la anulabilidad de la norma inferior, o la punibilidad del órgano responsable, es cosa que ya fue puesta en claro anteriormente⁽⁴⁶⁾.

Se salvaban así las contradicciones que el dualismo suponía para la teoría pura del derecho. Esta superación de dualismo se halla entre los elementos que Cossio toma de la teoría kelseniana, por lo que el monismo puede considerarse incorporado a la teoría egológica del derecho.

¿Significa esto que desde la teoría egológica se deben asumir todos los postulados kelsenianos sobre el derecho internacional? La respuesta a esa afirmación debe ser negativa. En primer lugar, debe recordarse que Cossio no toma la teoría pura del derecho en bloque, sino que la absorbe selectivamente en su teoría egológica. Significa esto que existen varios postulados kelsenianos que Cossio rechaza, como pueden ser sus consideraciones sobre la imperatividad de las normas, sobre la estructura de estas, o sobre la relación entre estática y dinámica jurídicas.

El otro aspecto que debe ser recordado es que la absorción de la teoría pura por la teoría egológica supone restringir el alcance de la primera a lógi-

(45) *ibíd.*, p. 332.

(46) *id.*

ca jurídica formal, quedando como disciplina que estudia cómo el derecho es pensado, y que debe por consiguiente renunciar a toda pretensión de ser “la” ciencia que estudia el derecho. Así, ha referido Cossio: “La teoría egológica (...) verifica que la contribución fundamental de Kelsen no se refiere en rigor al derecho, sino al peculiar tipo de pensamiento con que se constituye el conocimiento jurídico. La enseñanza de Kelsen es que, sin estructura normativa, ningún pensamiento jurídico vale como tal pensamiento jurídico, pero nada más” ⁽⁴⁷⁾.

Como ha señalado Machado Neto: “En lo que atañe a los restantes dualismos, Cossio los acepta tal como vienen tratados por la teoría pura, solo que los encuadra dentro de su interpretación general de la misma como lógica jurídica formal localizándolos por lo tanto en ese momento dialéctico y arquitectónico del conocimiento jurídico de que hablábamos” ⁽⁴⁸⁾.

Esta última distinción es de suma importancia para comprender el alcance de la asunción por Cossio de las ideas kelsenianas sobre el derecho internacional. Se comprende que, desde esta perspectiva, la necesaria unidad de todos los ordenamientos en una única cadena de validez es una cuestión relativa estrictamente a la dimensión lógico-formal del derecho, a como es pensado, y no necesariamente a como efectivamente es. Esto deja la puerta abierta a un análisis del derecho internacional desde la propia epistemología sobre la que se construye la teoría egológica que pueda arrojar un resultado diferente. Desde una visión menos formalista, como lo es la de Carlos Cossio, es posible dar fundamento a una moderación del radical monismo de Kelsen.

Más allá de la escasez de alusiones al derecho internacional por Cossio, consideramos que de su obra pueden extraerse aportes que tienen significación para el derecho internacional. En ese sentido, resalta especialmente la determinación del objeto de la ciencia jurídica en las conductas, en su interferencia intersubjetiva. Esto permite afirmar como derecho a cualquier orden normativo en el que a una conducta estimada o desestimada corresponde otra, con lo que se supera la tesis, tan implícita en el sentido común, de que solo es derecho aquel orden que se sostiene sobre un aparato institucional que hace cumplir sus normas de forma coactiva. De este modo, las posiciones negacionistas del derecho internacional quedan descartadas de plano.

Pero esto permite además una mejor justificación de la juridicidad del derecho internacional que la que hacía Kelsen en su momento. Para ello, Kelsen tuvo que interpretar como sanciones a instituciones del derecho internacional que tienen un carácter de reparación y no de sanción, como lo son muchas de las autotutelas y el derecho de la responsabilidad internacional del Estado. Con la determinación hecha por Cossio puede reconocerse

(47) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho (...)*, op. cit., p. 102.

(48) MACHADO NETO, A. L., *Fundamentación (...)*, op. cit., p. 109.

que la norma jurídica internacional puede ser tal y cuando todas no tengan una sanción asociada a su incumplimiento, aun cuando el propio Cossio asumió la sanción como parte de la estructura de la norma jurídica ⁽⁴⁹⁾.

Estos son elementos que pueden tomarse del pensamiento de Cossio, incluso cuando no se comparten las bases filosóficas sobre las que se construye su teoría, como es nuestro caso. Al partir de una formación marxista, no se comparte la actitud de contemplación desinteresada propia de la fenomenología, ni la pretensión de obtener un conocimiento objetivo e imparcial a partir de hacer una suspensión de juicio en torno a las condiciones materiales de los objetos y de la propia conciencia. Las consecuencias distintas que tienen ambas posiciones para la comprensión de la sociedad y del derecho como objeto son claras. Ello se desdobra en apreciaciones diferentes sobre los dualismos superados por Kelsen, sobre la plenitud de los ordenamientos jurídicos, o de la posibilidad de constituir una ciencia del derecho por encima de la ideología.

Pero más allá de las divergencias que se puedan tener con el positivismo kelseniano o el proceder fenomenológico-existencialista de Cossio, consideramos esencial tener en cuenta la obra de estos pensadores, que mucho han de aportar a cualquier estudioso del derecho internacional.

V. CONCLUSIONES

Lo analizado en las páginas anteriores nos permite ver la relevancia que pueden tener las cuestiones iusfilosóficas para el estudio del derecho internacional, y cómo inciden en las conclusiones a las que se pueda arribar. Estas tienen a su vez consecuencias ideológicas y prácticas, en la medida en que los creadores y aplicadores del derecho actúan en consecuencia con su cosmovisión, y la reproducen. Piénsese, por ejemplo, en las consecuencias que tiene para cualquier ordenamiento interno que se legisle según las ideas kelsenianas sobre derecho internacional y derecho interno.

Precisamente, este trabajo ha permitido revisitar la obra del pensador austriaco, especialmente su concepción monista del derecho como un todo, fundamentada en el carácter formalista de su doctrina. A partir de una única norma fundamental, queda establecida toda una cadena de validez, que abarca desde los tratados multilaterales hasta la más específica disposición interna de un ente administrativo local. Esta concepción de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos internos está también incluida en la teoría egológica de Cossio. Sin embargo, un análisis más profundo del rol que cumple la teoría pura dentro de la teoría egológica permite una visión menos formalista del derecho internacional, a la luz de esta.

(49) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho (...)*, op. cit., p. 333.

GARANTISMO VS. PRINCIPALISMO: ¿VIGENCIA DE LA POLÉMICA ENTRE Kelsen Y COSSIO?

Por Alie Pérez Véliz^()*

I. A MODO INTRODUCTORIO

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados contemporáneos han experimentado el avance progresivo de una corriente llamada constitucionalismo. El impacto de esta en los ordenamientos jurídicos nacionales ha cambiado el paradigma del Estado liberal de derechos por un Estado social y democrático de derechos, devenido finalmente Estado constitucional de derechos.

En particular, el contexto latinoamericano ha sido rico en reinterpretaciones y readaptaciones de los principales “dogmas” del constitucionalismo, erigiendo en su lugar variantes específicas de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Si bien muchas de las esencias del tronco original se mantienen, los aportes de las ramificaciones han alcanzado tal entidad que pueden considerarse una nueva corriente constitucional.

A pesar de las particularidades de cada tendencia o corriente, se aprecian unas líneas generales que van marcando el progreso constitucional desde fines del siglo XX y primeras décadas del XXI. La primera característica es la ampliación formal de los cuerpos constitucionales; la articulación de un catálogo de derechos constitucionales, fundamentales o humanos, que se establecen como límites y vínculos al poder y a la sociedad civil; la garantía de recurrir a la vía judicial en caso de violación o incumplimiento de los derechos; y garantías adicionales, como cláusulas pétreas, reformas agravadas y la regulación de situaciones excepcionales como Estados provisionales para la restauración constitucional.

Aunque algunos autores abordan estos cambios como una línea única, ascendente y casi perfecta, lo cierto es que las transformaciones en las constituciones de los Estados, y las tendencias dentro de las cuales esas constitu-

(*) Profesor de Teoría General del Estado y de Teoría General del Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Pinar del Río.

ciones se adscriben evidencian etapas de avances y retrocesos, zigzagueos y bifurcaciones.

Especial atención merecen dos manifestaciones contrapuestas dentro de la gran corriente constitucionalista (léase neoconstitucionalista para un sector de la doctrina): el principalismo y el garantismo. La primera inspirada en la libre interpretación y argumentación por los jueces de los casos concretos, a partir de la ponderación de principios y valores constitucionales; la segunda sustentada en un catálogo más amplio y preciso de garantías formales y de la prevalencia de la llamada democracia sustancial, apoyada en la concordancia de las decisiones judiciales con el mandato constitucional.

Los padres o inspiradores de ambas manifestaciones fundamentaron sus posiciones en influencias iusfilosóficas eclécticas, pero con predominio explícito o implícito de una u otra tendencia. El normativismo y la Escuela Ecológica parecen estar dentro de las posiciones iusfilosóficas más influyentes.

El propio Luigi Ferrajoli aborda las tendencias del constitucionalismo debatiéndose entre iusnaturalismo y positivismo ⁽¹⁾. Sin embargo, esta postura no ha sido aceptada de forma pacífica por la doctrina europea, principalmente la española y la italiana, y ha generado un acalorado y fructífero debate que ha cobrado protagonismo en medios académicos como la revista *Doxa*, de la Universidad de Alicante.

La polémica aquí enunciada será profundizada en las páginas que siguen, donde los diversos matices serán expuestos, teniendo en cuenta algunos planteamientos de los propios protagonistas; lo que se combinará con algunas reflexiones sobre posibles aproximaciones entre Escuela Ecológica y constitucionalismo principalista, de la misma manera que entre normativismo y constitucionalismo garantista. También se abordarán las contradicciones sustanciales y aparentes entre estas escuelas y corrientes.

El autor desea alertar que no pretende demostrar la existencia de una influencia absoluta o directa entre Escuela Ecológica y constitucionalismo principalista, o entre normativismo y constitucionalismo garantista, solo esbozará unas ideas sobre las presuntas coincidencias o aproximaciones entre escuelas. El abordaje se hace en un plano cuasi especulativo, y tiene como objetivo estimular futuras profundizaciones en el tema.

(1) FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 34, 2011, ps. 15-53.

II. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: LA VISIÓN DE FERRAJOLI Y LAS CRÍTICAS COSECHADAS

En un memorable trabajo publicado en la revista *Doxa*, Ferrajoli planteó: “[E]l constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de ‘neoconstitucionalista’, es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente ‘iuspositivista’, entendiendo por ‘positivismo jurídico’ una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozca como ‘derecho’ a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia” (2).

Las declaraciones arriba realizadas son claras: Ferrajoli se aparta de cualquier adscripción al neoconstitucionalismo, del mismo modo que asume una postura iuspositivista “crítica”. Para el autor italiano la tendencia neoconstitucional es una revitalización o actualización de tendencia iusnaturalista, camino que prefiere evadir, incluso rechazar, en su propuesta.

No obstante, el propio autor realiza más adelante una valoración de conceptos y definiciones, en la que aclara que no todos los autores declaradamente anti-iuspositivistas dentro del neoconstitucionalismo son iusnaturalistas, pues muchos se asumen más bien como no-positivistas o postpositivistas. El análisis lleva al profesor italiano a una reformulación de conceptos, presentando la polémica como una contradicción entre constitucionalismo argumentativo o principalista y constitucionalismo normativo o garantista.

Ferrajoli asume el constitucionalismo argumentativo o principalista sobre la base de una configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, que cuando entran en contradicción, se resuelven mediante técnicas de ponderación legislativa y judicial; diferente a la subsunción, más propicia para operar con las mencionadas reglas.

Dicho autor asume, por otro lado, el constitucionalismo normativo o garantista como una tendencia caracterizada por una normatividad fuerte, de marcado carácter regulativo, donde los derechos fundamentales se configuran, o por lo menos se comportan como reglas. Estos derechos fun-

(2) *ibíd.*, p. 16.

damentales, actuando como reglas, consisten en prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación.

En el sentido antes señalado, resulta interesante destacar el planteamiento del profesor de la Universidad de Roma III: “En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no solo formales, esto es, relativas a la forma (al ‘quién’ y al ‘cómo’), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al ‘qué’ no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión” ⁽³⁾.

Por tanto, para el constitucionalismo garantista resulta trascendente no solo la validez de la legislación creada en virtud de la corrección del procedimiento empleado y de la competencia de la autoridad legislativa, sino del contenido regulador de la norma. Para ello, Ferrajoli habla de una clara delimitación de lo decidible y lo indecidible. Supone que la Constitución mandata al legislador qué puede y qué no puede decidir, so pena de generar antinomias por decidir lo que no puede y lagunas por dejar de decidir lo que debe.

La caracterización que hace el profesor italiano del neoconstitucionalismo como constitucionalismo argumentativo o principalista tiene en cuenta las características siguientes: la moral pasa a formar parte del punto de vista jurídico o interno del derecho; las normas constitucionales, incluidas las contentivas de derechos humanos, no son reglas a observar o no observar, sino principios que se respetan en mayor o menor medida, y que son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto; también se concibe el derecho como práctica social, realizada por los operadores jurídicos.

Desde esta reflexión, el referido jurista acusa al constitucionalismo argumentativo y principalista de compartir puntos de vista con el realismo jurídico y con el neopandectismo. Esta orientación principalista evoca, según él, el énfasis en la praxis como configuradora del derecho; y denota a este más como hecho jurídico que como sistema normativo. Aquí, el rol de los operadores del derecho en general, y de los jueces en particular, es fundamental.

Seguidamente, Luigi Ferrajoli pasa a argumentar su postura en defensa de lo que llama constitucionalismo garantista. Define esta tendencia como constitucionalismo rígido o positivismo jurídico reforzado. Dentro de las

(3) *id.*, p. 21.

características que significa para el garantismo está el sometimiento de la producción del derecho positivo a las normas de derecho fundamental.

La esencia de los argumentos ferrajolianos están en esta expresión:

“Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no solo el ‘ser’ sino también el ‘deber ser’ del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad. De esta manera el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. Gracias a esto, la legalidad ya no es solo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, ‘condicionante’ de la validez de las normas infralegales, sino que ella misma está condicionada en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales. Así, el Derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no solo se regulan las formas, como en el viejo paradigma formalista del paleo-positivismo, sino también los contenidos, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional” (4).

La postura asumida muestra cómo el positivismo jurídico, desde la perspectiva de Ferrajoli, es reforzado con el constitucionalismo garantista. Para él esto ocurre porque se positiviza no solo cómo es el derecho, sino cómo debe crearse en el marco de la actividad legislativa, y cómo se sujeta al control de constitucionalidad desde el propio acto de legislar.

Lo más trascendente de este planteamiento es que en el modelo garantista, la validez y/o legitimidad de las normas no depende tanto de las formas y autoridad creadora, incluso ni del apoyo mayoritario a la norma; sino del contenido de esta, de su concordancia sustancial con el mandato constitucional; de la concreción de los límites y los vínculos ordenados por la Constitución.

El constitucionalismo garantista o positivista crítico de Ferrajoli niega, desde su posición, cualquier conexión entre derecho y moral. Para ello critica las posturas del llamado legalismo ético, y de su versión constitucional: el constitucionalismo ético. Sin embargo, no niega que las leyes y constituciones incorporan “valores”, pero según plantea, esto no autoriza una conexión fuerte entre derecho y moral.

Para ilustrar su postura negacionista sobre la conexión entre derecho y moral, el jurista italiano ilustra: “pueden darse normas constitucionales

(4) *id.*, p. 24.

(que algunos de nosotros consideramos) injustas (por ejemplo el derecho de ‘tener y portar armas’, previsto en la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, o el art. 7 de la constitución italiana sobre la regulación mediante concordato de las relaciones entre el Estado y la iglesia católica) y que como tales son (por algunos de nosotros) moral y políticamente cuestionadas. A la inversa, en virtud de la segunda negación, una solución (considerada) justa de un caso difícil, si no está basada en normas de derecho positivo, sino que solo lo está sobre principios morales, no es una solución jurídicamente válida” (5).

El referido autor utiliza contraejemplos para refutar la conexión entre derecho y moral. Para ello, alude a la existencia de normas constitucionales que pueden ser consideradas injustas por alguien; con todo, cabría preguntarse si tal afirmación es suficiente para negar esa conexión. Parece que olvida aquí las distintas dimensiones o planos de la moral, siendo posible que determinada conducta sea válida para la moral media de una sociedad, a la vez que inmorales para una o varias personas.

Por otro lado, la afirmación de que una solución justa de un caso difícil debe estar basada en normas de derecho positivo, y no en principios morales, es clara. No obstante, que tenga que basarse la decisión en normas positivas no niega de plano que pueda existir conexión entre normas jurídicas y morales. Desde este punto de vista, la afirmación de Ferrajoli no niega tal posibilidad.

En la misma obra se reitera la idea cuando el profesor italiano expresa: “El no-cognoscitivismo ético y la separación entre Derecho y moral, que forman el presupuesto del constitucionalismo garantista, son, por ello, el presupuesto y al mismo tiempo la principal garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que concurren en una misma sociedad. Pero son también el presupuesto y la principal garantía de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia, frente al *cognoscitivismo ético-judicial*, proveniente de la extraña idea dworkiniana de que existe siempre una ‘única solución justa’ o ‘correcta’, identificada de hecho con la más constatada y difundida en la práctica jurisprudencial” (6).

Es evidente que, en su propuesta, el profesor italiano reconoce el papel de la moral, pero desde lo que él mismo llama punto de vista externo, como garantía de la diversidad política e ideológica y del multiculturalismo. También defiende que ese punto de vista externo, de desconexión entre derecho y moral, o de valoración moral externa al derecho, es garantía de la independencia en la actuación de los jueces. Cuando se requiere una corrección

(5) *id.*, p. 32.

(6) FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista (...)”, *op. cit.*, p. 32.

ética del derecho, corresponde a la política resolverla, desde la actividad legislativa, o por corrección del juez constitucional en el caso concreto; pero nunca desde una suplantación por el juez de la función de crear la ley, que siempre corresponderá a los legisladores.

Reforzando las ideas de su propuesta, Ferrajoli expresa: “Estas divergencias, y en particular la existente entre el ‘deber ser constitucional’ y el ‘ser’ legislativo del Derecho, no pueden ser reparadas por la interpretación moral y la ponderación judicial, tal como lo pretenden ahora las doctrinas del constitucionalismo argumentativo. En el modelo del constitucionalismo iuspositivista, la reparación de las lagunas y de las antinomias en las que aquellas se manifiestan no se confía al activismo interpretativo de los jueces, sino solo a la legislación, y, por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas, y a la anulación de las normas inválidas —y por tanto a la jurisdicción constitucional—, en lo que se refiere a las antinomias. Ciertamente, los jueces deben interpretar las leyes a la luz de la Constitución, ampliando o restringiendo su alcance normativo de acuerdo con los principios constitucionales: derivando normas y derechos implícitos del sistema de los derechos establecidos, excluyendo las interpretaciones no plenamente compatibles con la constitución [*sic*] y, obviamente, aplicando directamente las normas constitucionales en todos los casos en los que no se requieren leyes de actuación. Pero es ilusorio suponer que los jueces puedan colmar las que he denominado ‘lagunas estructurales’ y suplir la *interpositio legis* necesaria para la introducción de las garantías. Como mucho, pueden evidenciar las lagunas: los jueces constitucionales pueden hacerlo mediante indicaciones al parlamento... los jueces ordinarios, disponiendo alguna forma de satisfacción o reparación, en el caso concreto de que conozcan” (7).

En la reflexión de su propuesta, este autor aporta una pauta de comportamiento de los jueces constitucionales y ordinarios, en procesos interpretativos y de aplicación del derecho frente a lagunas y antinomias. Para él, las lagunas no pueden ser salvadas por el activismo de los jueces, esto solo les corresponde a los legisladores, y por tanto a los políticos. En cuanto a las antinomias, estas solo pueden solucionarse mediante declaración de invalidez por la jurisdicción constitucional. A los jueces ordinarios solo les estaría permitido la interpretación conforme a la Constitución. Su propuesta, claro está, es válida, tal cual, en un modelo concentrado de control constitucional.

Otra idea que maneja Ferrajoli es que la clásica distinción entre reglas y principios, establecida por el constitucionalismo argumentativo o principalista, es imprecisa. Para ello plantea que, si en verdad las reglas son razones perentorias para la acción y los principios razones ponderativas, no en todos

(7) *ibíd.*, p. 34.

los casos estos últimos se comportan con alto grado de indeterminación, generalidad y ponderabilidad. En este sentido establece una distinción entre principios directivos o directivas y principios regulativos o imperativos. Los primeros son expectativas genéricas indeterminadas, mientras que los segundos son expectativas específicas y determinadas.

El hecho de que los principios regulativos o imperativos sean expectativas específicas y determinadas indica que a ellos corresponden límites y vínculos, es decir, garantías, consistentes en prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación. Los principios regulativos, cuando se violan, se presentan como reglas.

Al respecto, Ferrajoli refiere: “Se entiende así por qué no existe una real diferencia de estatuto entre la mayor parte de los principios y las reglas: siempre la violación de un principio hace de este una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes. Por ello, la constitución es definible, en su parte sustancial, además de como un conjunto de derechos fundamentales de las personas (es decir, de principios), también como un sistema de límites y de vínculos (es decir, de reglas) impuestos a los titulares de los poderes. Precisamente, a los principios que consisten en derechos de libertad (universales u *omnium*) corresponden las reglas consistentes en límites o prohibiciones (absolutos o *erga omnes*); a los principios consistentes en los derechos sociales (universales u *omnium*) corresponden las reglas consistentes en vínculos u obligaciones (absolutos o *erga omnes*). Derechos y deberes, expectativas y garantías, principios en materia de derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por acción o por omisión— a la violación de las segundas”⁽⁸⁾.

Una crítica fuerte es lanzada por el profesor de la Universidad de Roma III, a la idea de que las reglas se aplican mediante subsunción y los principios mediante ponderación. En este sentido aboga por que los principios no pueden ponderarse sobre la base de su peso, sino que realmente lo que se pondera o pesa son los hechos y las situaciones concretas a las cuales las normas son aplicables.

Ilustrando la solución que propone, desde el constitucionalismo garantista que defiende, Ferrajoli expresa: “[L]os conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino, más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que solo pueden ser removidos por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las

(8) *id.*, p. 40.

normas que faltan... el poder judicial, cuando degenera en poder creativo o de disposición, repito, pierde toda legitimidad. Y esto degenera en poder creativo o de disposición, repito, pierde toda legitimidad. Y esto puede ocurrir tanto si las normas están expresadas en forma de principios, como si lo son en forma de reglas” (9).

La negativa de Ferrajoli a darle facultad de creación legislativa al juez es similar a la que en su momento Hans Kelsen exponía en relación con su teoría normativista. Las razones expuestas por ambos autores para rechazar el activismo judicial y la utilización de preceptos morales para argumentar fallos judiciales son sustancialmente coincidentes. Plantean que constituiría un quebrantamiento del paradigma constitucional de la separación de poderes, y una invasión de la facultad jurisdiccional de los tribunales al terreno de la facultad política del legislativo, incluso a la reglamentaria del llamado poder ejecutivo.

En la propia revista *Doxa*, pero desde la acera teórica de enfrente, otro autor, José Juan Moreso, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, de Barcelona, realiza una crítica sistemática a las ideas expuestas por Luigi Ferrajoli en el artículo “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”. El profesor español titula su trabajo “Antígona como Defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli” (10).

La primera crítica de Moreso está orientada a debilitar la postura de Ferrajoli en cuanto a rechazar la relación entre derecho y moral. El profesor barcelonés cuestiona qué entiende por moral el jurista italiano, y señala que a esta interrogante se pueden ofrecer varias respuestas.

Para ello plantea: “[L]o que caracteriza la posición de filósofos como Ferrajoli es el relativismo moral: no hay un conjunto privilegiado de pautas morales, sino múltiples que dependen de cada contexto; por lo que no puede haber un acceso epistémico confiable a dichas pautas y, por tanto, no hay algo como juicios morales absolutamente verdaderos, sino solo juicios morales verdaderos relativamente a un determinado contexto de evaluación” (11).

Seguidamente, el profesor Moreso sostiene que existen, sin embargo, determinados contenidos morales que son válidos en cualquier contexto, pues responden a una moral media universal, que es compartida por cualquier cultura y en cualquier territorio. Ejemplifica para ello el supuesto del

(9) *id.*, ps. 50 y 51.

(10) MORESO, J. J., “Antígona como Defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 34, 2011, ps. 183-199.

(11) *ibíd.*, p. 188.

rechazo universal a la tortura contra los niños con el fin de divertirse o el acto de traicionar a un amigo.

El profesor español señala ciertas contradicciones en los planteamientos del profesor italiano. Al respecto, destaca: “En esto parece estar de acuerdo Ferrajoli, que sostiene que el rechazo del cognoscitivismo y del objetivismo ético deja un lugar para la argumentación racional, aunque, añade, la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más ‘verdadera’ que la solución opuesta. Esto deja la posición de Ferrajoli como muy inestable: hay un espacio para la argumentación racional, pero no tenemos un criterio para establecer cuáles son mejores razones” ⁽¹²⁾.

Moreso identifica en las ideas sobre la moral de Ferrajoli cierta coincidencia con el relativismo filosófico y ético de Hans Kelsen: ambos usan dos nociones de relativismo como si fuera la misma. Según la primera noción, relativismo es equivalente a escepticismo, en cuanto a juicios de valor; falta o ausencia de criterios para justificar cualquier juicio de valor frente a su opuesto. Según la segunda, relativismo significa prudencia epistémica, es decir, disposición a revisar nuestros juicios a la vista de los razonamientos ajenos, apertura de miras, sensibilidad hacia las evidencias empíricas.

El profesor de la Universidad Pompeu Fabra rechaza de manera rotunda la primera noción de relativismo. Para él el escepticismo en los juicios de valor no conduce por buen camino al liberalismo político. De esta manera solo acepta la prudencia epistémica, es decir, la segunda noción, en el campo de la indagación científico jurídica. A tono con esta idea, plantea que un sistema que protege los derechos y establece la democracia presupone un compromiso firme con algunos valores que, cabe pensar, se eligen por buenas razones.

En cuanto a la búsqueda de un modelo normativo preciso, propio del constitucionalismo garantista ferrajoliano, Moreso opone un grupo de argumentos:

“Que la certeza es un ideal de la regulación jurídica es indiscutible. La certeza del Derecho es valiosa, pero debemos determinar las razones que cuentan en favor de la certeza, con el fin de establecer si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Gran parte de las razones para conferir valor a la certeza del Derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y solo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías. Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extre-

(12) *id.*, p. 191.

mo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento” (13).

El profesor español también ataca la crítica que hace Ferrajoli a la ponderación, aludiendo que lo que se pondera no son los principios, sino las circunstancias o hechos en que la norma será aplicada. No obstante, plantea Moreso que lo que el profesor italiano llama connotación equitativa, para determinar la norma aplicable al caso concreto, no es más que lo que el constitucionalismo argumentativo y principalista denomina ponderación o balance.

Volviendo al ataque sobre el rechazo de Ferrajoli a la vinculación del derecho con la moral, José Juan Moreso plantea: “En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, cómo encajarlos sopesándolos, es nuestra tarea como agentes morales. Por tanto, el hecho de que la incorporación de conceptos morales en el Derecho disminuya, algunas veces, la certeza, no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro Derecho un Derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal” (14).

Moreso reconoce las bondades que tendría una norma jurídica redactada de forma precisa, exacta, completa, sin necesidad a márgenes de interpretación creativa; pero destaca la necesidad de incorporar categorías móviles, como los conceptos morales, para que, en virtud de esa autonomía humana, defendida por el paradigma jurídico-político liberal, el hombre tenga márgenes de selección entre varias opciones posibles. Es una expresión de la libertad dentro del marco legal de la responsabilidad.

Finalmente, asumiendo una defensa de la conexión entre derecho y moral, Moreso plantea: “Las consideraciones morales, incorporadas al Derecho, funcionan como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones, reduciendo así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas. En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada” (15).

Estas ideas, sin tener necesariamente una conexión fuerte con la teoría egológica de Carlos Cossio, presentan, sin embargo, puntos de coincidencia. En el epígrafe que sigue se intentará explorar los puntos de coincidencia

(13) *id.*, p. 193.

(14) *id.*, p. 195.

(15) *id.*

entre Kelsen y las esencias del garantismo, del mismo modo que las supuestas coincidencias entre la teoría del profesor argentino y el principalismo jurídico.

III. ¿KELSEN Y COSSIO EN EL DEBATE ENTRE GARANTISMO Y PRINCIPALISMO?

Es necesario comenzar refiriendo que los posibles puntos de coincidencia entre el normativismo de Kelsen y el constitucionalismo garantista; así como entre las ideas egológicas de Cossio y el constitucionalismo argumentativo o principalista no han sido estudiados de manera sistémica. Este trabajo no pretende agotar dicha tarea, sino acercar algunas ideas como motivación para futuras indagaciones que profundicen en la temática.

El propio Ferrajoli, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo garantista, reconoce que una de las fuentes principales de su teoría es el iuspositivismo, aunque un iuspositivismo reforzado. Debe recordarse que expresó que el garantismo completa al positivismo jurídico porque positiviza no solo el “ser”, sino también el “deber ser” del derecho. Por su parte, el normativismo de Hans Kelsen es también una derivación, diríamos extrema, del positivismo jurídico.

El primer planteamiento estaría dirigido a reconocer, de la mano de sus propios creadores, que el constitucionalismo garantista y el normativismo tienen una fuente teórica común: el iuspositivismo. En segundo lugar, habría que señalar que ambas tendencias son expresiones de positivismo desarrollado, reforzado o “crítico”, y por lo tanto reconocen algunas limitaciones a las ideas originales del iuspositivismo, llamado en ocasiones por el propio Ferrajoli como paleo-positivismo (en el sentido de positivismo primigenio).

Otra idea coincidente es que tanto Kelsen como Ferrajoli, en sus sistemas teóricos, reconocen una cierta incidencia o interacción entre moral y derecho, algo que desconocía ese iuspositivismo primigenio. Para ellos, la separación entre derecho y moral existe, y es conveniente que exista, pero no es absoluta; esta incidencia la identificaban atendiendo a la moral como sistema externo al derecho, ajeno a la actividad interpretativa y aplicativa de este último, principalmente de los jueces.

Como se planteó, según Moreso, las ideas sobre la moral de Ferrajoli tienen cierta coincidencia con el relativismo filosófico y ético de Hans Kelsen: ambos usan dos nociones de relativismo como si fuera la misma. Para la primera noción, relativismo es equivalente a escepticismo en los juicios de valor. Para la segunda, relativismo significa prudencia epistémica.

Otra coincidencia entre las ideas de Kelsen y Ferrajoli es el rechazo al activismo de los jueces en la aplicación, y sobre todo en la interpretación, del derecho. Desde ambas posturas se ataca esa posibilidad creativa en la actividad jurisdiccional, pues plantean que convertirían el juez en legislador, a su actividad en acto de legislar, y se pondría así en peligro el Estado de derecho, sustentado en la división de poderes, y a la democracia misma como meta modelo de la modernidad.

Empero, en este sentido, tanto Kelsen como Ferrajoli moderan el rechazo, aludiendo a cierta creación por vía interpretativa, pero una creación normativa muy limitada, diríamos individualizadora; pues para ellos los jueces deben tener siempre como referente la norma general abstracta creada por el órgano legislativo. Postulan que la sentencia no debería tener la pretensión de norma válida general, pues niegan la posibilidad de que en la realidad se presenten dos casos idénticos.

Ambos autores privilegian el papel de la Constitución en el ordenamiento jurídico. El derecho positivo, para ellos única fuente legítima en la actividad jurisdiccional, tiene una estructuración jerárquica. Kelsen aporta la idea de la pirámide normativa, sustento de los principios de jerarquía normativa y supremacía constitucional, como herramientas técnicas para la determinación del derecho prevalente en el caso concreto y fuente de validez de las decisiones jurisdiccionales.

Esta idea del positivismo reforzado desde el papel de la Constitución en el ordenamiento jurídico es base para comprender los desarrollos del constitucionalismo garantista ferrajoliano. La Constitución en Ferrajoli no es solo cuerpo normativo supremo, debe ser también cuerpo técnicamente completo; para cumplir su función legitimadora de la validez en la actuación legislativa y jurisdiccional, en el sentido de indicar no solo la forma correcta de producción normativa: quién y cómo se crea el derecho (validez formal), sino también qué se debe y qué no se debe decidir, según el dictado constitucional (corrección sustancial).

Pudiera argumentarse que Ferrajoli se erige sobre los hombros de Kelsen para desarrollar su teoría; logra elevarse desde el modelo de la pirámide normativa y de la supremacía constitucional, para redimensionar el papel de una Constitución positivamente “perfecta”, en el sentido no solo de lo que es formalmente válido, sino de lo que es sustancialmente correcto. En esa validez y corrección, el papel de los derechos fundamentales como límites y vínculos constituye un aporte trascendente.

Como se ha dicho, en un sentido débil, por ahora, pudiera argumentarse que algunas de las ideas de Hans Kelsen están en la base del constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli. Baste señalar la base positivista en sentido reforzado; la separación entre derecho y moral, pero reconociendo

cierta incidencia de esta en aquel, como sistema externo; la supuesta confusión en las nociones del relativismo ético, según Moreso; y el papel de la Constitución como base para la noción de ese positivismo reforzado.

Por otro lado, se puede apreciar cierta relación de precedencia, por lo menos, si no de clara influencia, entre la Escuela Ecológica de Carlos Cossio y el constitucionalismo argumentativo o principalista de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Gustavo Zagrebelsky (con sus diferencias de matices). Estos autores tienen en común una idea más flexible del papel de los jueces en la interpretación y aplicación del derecho, y una valoración menos enfática del apego del juzgador constitucional a la norma positiva.

Para el constitucionalismo argumentativo o principalista, recordando siempre sus diferencias internas, hay una idea común: el importante papel de la ponderación como técnica, regla o fundamento de elección del juez en la solución del caso, y de la argumentación en demostrar la concordancia entre la selección de la solución y la corrección sustancial con el mandato constitucional; eso, a pesar de algunas ideas opuestas, como la de “la única solución correcta”, de Dworkin.

Aunque Cossio también es partidario, al menos en su declaración de principios, de la separación entre moral y derecho, propone ideas sobre el derecho como conductas a elegir, que coinciden con ciertos criterios principalistas sobre el respeto del derecho a determinados niveles de autonomía electiva.

Sobre la primera idea, el profesor argentino refiere que la interferencia subjetiva es el campo de la moral; la intersubjetiva la del derecho. La primera idea se limita a la moral subjetiva o individual, pues se centra en el plano interno de la subjetividad del individuo. Este planteamiento tiene como limitación el desconocimiento de la moral media, como sistema regulativo igualmente intersubjetivo, pero diferente del derecho por carecer del respaldo coactivo del Estado.

En cuanto a la segunda idea, en efecto, el derecho se expresa como interferencia intersubjetiva, pero con la referida cualidad de contar con el respaldo coactivo del Estado; pues las normas de la moral media que se han objetivado conciben consecuencias sociales por las conductas transgresoras (de rechazo) o socialmente correctas (de aceptación).

No obstante, tal como asumieron sesenta años después la mayoría de los constitucionalistas principalistas, Cossio significa el papel de la libertad de selección de conductas frente a la norma jurídica. Al respecto señala: “La norma jurídica mienta la libertad de la conducta en la totalidad de sus posibilidades, pues considera lo que ocurriere como deber y también lo que, ocurriendo, no ocurriere como deber (es decir lo que ocurriere como trans-

gresión), captando así plenamente el hecho de la libertad, que consiste en ser posibilidad” (16).

Es necesario destacar que esa posibilidad de selección de conductas previstas de forma explícita o implícita en la norma, está referida directamente a su destinatario genérico, e indirectamente al operador del derecho, que debe interpretarla o aplicarla en caso de incumplimiento.

Otra idea recurrente en la obra de Cossio es el papel del valor y de la valoración en el derecho. Para él la valoración implica un punto de vista, una toma de posición que no puede faltar en ninguna solución jurídica, aunque puede ser diferente en cada caso concreto. La valoración en su teoría es a la vez material y necesaria; a diferencia de la estructura lógica, que es un elemento formal y necesario, y los contenidos empíricos del derecho, que son elementos materiales y contingentes.

Cossio atribuye al juez, como lo hace después el constitucionalismo argumentativo y principalista, un papel de creador, trascendiendo cualquier pretensión positivista de ser mero reproductor del derecho. Reconoce que el juez, en el acto de interpretar y aplicar el derecho, despliega la actividad valorativa, y la valoración es en esencia creación.

Empero, esto tampoco quiere decir que Kelsen haya negado absolutamente la relación entre derecho y moral, así como el papel de la valoración en el Derecho; puesto que en realidad lo que hace es relativizar esa relación. Al respecto el profesor vienés expresa:

“Una doctrina relativista de los valores no significa —como múltiples veces ha sido mal entendido— que no haya valores, y en especial, que no exista justicia alguna, sino que no haya valores absolutos, sino solo relativos; que no haya una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos” (17).

La ponderación, que se esgrime como principal elemento o técnica de interpretación y aplicación del derecho en el constitucionalismo argumentativo y principalista, implica necesariamente un proceso de valoración de hechos circunstanciales y de derechos colisionantes. La determinación del peso de cada derecho implicado para la solución del caso solo puede lograrse mediante ese proceso jurídico valorativo. Recordemos que la valoración es en esencia determinación de significados sociales.

(16) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 338.

(17) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 2a impresión, México D.F., UNAM, 1982, p. 80.

Aquí se articulan la valoración egológica con la ponderación principalista, como dos “engranajes” necesarios de un mismo mecanismo: los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Por supuesto, esta idea sería refutada por quienes, como Luigi Ferrajoli, ubicados en la acera de enfrente, rechazan de plano la ponderación como única técnica válida en el ámbito constitucional y rescatan la subsunción para la aplicación de los llamados principios regulativos.

Otra coincidencia entre la teoría egológica y el constitucionalismo argumentativo y principalista es el significativo papel que se le atribuye al principal producto de la actividad del juez: la sentencia judicial. Por ello, refiere: “Hemos de comenzar tomando un firme contacto con la experiencia jurídica, aunque desgraciadamente, en razón de las limitaciones del presente trabajo, no por todos los lugares en que habría de efectuarse esta tarea, pero sí por el más significativo de todos ellos: la sentencia judicial, que tiene títulos para ser considerada el fenómeno jurídico por antonomasia” ⁽¹⁸⁾.

No debe olvidarse que, para Cossio, el Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva y que, si la sentencia es el fenómeno jurídico por antonomasia, en ella queda expresada la esencia de esa conducta a partir de la decisión judicial. Debe recordarse que, en su teoría, la norma, su aplicación diríamos, siempre supone un juicio disyuntivo, restableciendo así el valor de conceptos jurídicos como “deber”, “facultad” y “derechos subjetivos”. Se reconoce el papel creador del juez en el acto valorativo de dictar sentencia.

Si el planteamiento anterior generara alguna duda, el padre de la Escuela Ecológica sentenció: “En eso mismo se ve que la aplicación y la creación de normas se complican, no siendo actos independientes, sino que aplicar una norma superior significa crear una norma inferior, tal como en la ejecución del pianista —que es un acto creador—, queda aplicada la partitura del compositor” ⁽¹⁹⁾.

El reconocimiento al activismo judicial es evidente en la afirmación arriba citada. Para el profesor argentino no hay duda de que los jueces, en la aplicación del derecho, están creando normas, claro está, individualizadoras, o por lo menos no con el grado de generalidad de las que crea el legislador.

Sin embargo, en modelos de precedente judicial, e incluso, en los de reconocimiento fuerte a la jurisprudencia, o donde existen tribunales constitucionales con elevadas competencias, las sentencias, como resultado de la aplicación de las normas, y derivadas de la valoración, pueden llegar a tener tanto efecto jurídico como las leyes del parlamento. El constitucionalismo

(18) COSSIO, C., *La teoría egológica (...)*, op. cit., p. 49.

(19) COSSIO, C., “Panorama de la teoría egológica del derecho”, *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, s/n, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1948, p. 77.

argumentativo o principalista coincide en sus postulados más generales con esta idea del activismo judicial y del papel de los jueces en cuanto al efecto de sus sentencias.

IV. CONCLUSIONES

Desde la Segunda Guerra Mundial, la difusión de modelos constitucionales caracterizados por la ampliación del papel de las constituciones, la preeminencia de los derechos fundamentales, constitucionales o humanos, las garantías jurisdiccionales a dichos derechos, en caso de violaciones por el Estado y la sociedad civil y la rigidez constitucional, entre otros aspectos, han estimulado el desarrollo del constitucionalismo como corriente doctrinal, que penetra e impacta en todas las ramas del derecho y en la actividad política de las naciones.

El desarrollo teórico del constitucionalismo no se ha manifestado como una corriente doctrinal única, ascendente y homogénea; en ella se aprecia, por lo menos, una bifurcación en dos grandes tendencias contrapuestas: el constitucionalismo argumentativo y principalista y el constitucionalismo garantista. El primero postula un apego flexible a la literalidad de la norma constitucional, el predominio de las normas y principios en el cuerpo constitucional, la posibilidad de colisiones, la ponderación como principal método o técnica de solución, y el activismo judicial; el segundo aboga por garantías positivadas, sobre la base de un positivismo reforzado, la separación débil entre derecho y moral, concibiendo esta como un sistema externo y un apego estricto de los jueces al dictado constitucional, que se presume completo, preciso, sin posibilidad de activismo creador, y el juicio de validez formal y corrección sustancial de la norma.

Aunque no pueda afirmarse, por ahora, que exista una influencia fuerte entre la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, y entre la teoría egológica de Carlos Cossio y el constitucionalismo argumentativo y principalista de Robert Alexy y seguidores; se perciben puntos de coincidencia, que de alguna manera explican cómo la contradicción entre la teoría pura del derecho y la Escuela Egológica, en algunos de sus matices, se reproduce en la contradicción entre constitucionalismo garantista y constitucionalismo principalista.

EL PENSAMIENTO CULTURALISTA DE A. L. MACHADO NETO: CONTRIBUCIONES PARA EL EGOLOGISMO JURÍDICO DE CARLOS COSSIO (*)

Por Ricardo Maurício Freire Soares (**) y Raissa Pimentel Silva (***)

“El maestro es aquel que sobrepasó la concepción de una verdad como fórmula universal, solución y resolución del ser humano, para elevarse a la idea de una verdad como búsqueda.

El maestro quiere ser ante todo iniciador de la cultura. La cultura no es otra cosa que la toma de consciencia, por cada individuo, de esa verdad que hará de él un hombre.

Él es, sin embargo, el operador de una experiencia iniciática. Gracias a él el espíritu se dirige al espíritu sin otro poder que no sea el del espíritu”.

Gusdorf, Georges, *¿Profesores, para qué?*, Lisboa, Moraes, 1970.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo fue concebido con la idea de revisitar la biografía del iusfilósofo bahiano Antônio Luiz Machado Neto, un maestro en la más pura acepción del término, dándole especial importancia a una de sus más relevantes contribuciones al pensamiento jurídico, que es la difusión y perfeccionamiento en Brasil de la teoría egológica del derecho, preconizada por el argentino Carlos Cossio, en el contexto de los movimientos postpositivistas.

Para una mejor comprensión por parte del lector, los temas que componen el presente trabajo se encuentran organizados en tres tópicos diferen-

(*) Traducción del portugués por Juan Ferrari Rizzo. Se mantiene el criterio de la ABNT (Asociación Brasileña de Normas Técnicas) para referencias bibliográficas, las que se ordenan por el segundo apellido del autor, ya que este, en los países de habla portuguesa, corresponde al paterno (N. del T.).

(**) Profesor de los cursos de graduación y posgrados en Derecho, Universidad Federal de Bahía; miembro del Instituto de los Abogados Brasileños y del Instituto de los Abogados de Bahía. Conferencista y autor de diversas obras jurídicas.

(***) Profesora convidada de los cursos de especialización en Derecho Ambiental, Universidad Católica del Salvador; profesora substituta de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Bahía.

tes. La puerta de entrada para la tarea emprendida será un sobrevuelo por su vida, destacando sus principales hechos. Seguidamente, se hará una breve exposición de los argumentos presentados por el referido autor argentino con el fin de justificar la sedimentación de la teoría egológica como alternativa a la hasta entonces tradicional teoría positivista, de matriz kelseniana. Finalmente se hará un análisis de la interpretación dada por Machado Neto a las bases teóricas del egologismo jurídico planteadas por Cossio, destacando las principales consideraciones aportadas por el teórico bahiano ⁽¹⁾.

Es necesario aclarar que el presente trabajo no pretende agotar el análisis de la fecunda producción intelectual de Machado Neto, sino apenas retratar, en breves líneas, la importancia de sus contribuciones al universo jurídico-académico, ofreciendo condiciones para que sus ideas puedan continuar reverberando.

II. BIOGRAFÍA

El 12 de junio de 1930 nacía en Salvador Antônio Luiz Machado Neto. El muchacho, que en edad tierna se volvió rehén de una ascitis aguda que le impuso una reclusión de cuatro largos años de su infancia, aprendió a cultivar desde temprano el hábito de la lectura y a ejercitar la imaginación crítico-creativa.

El aprecio por la lectura lo llevó naturalmente, en su paso por el renombrado Colégio da Bahia, ya en la adolescencia, al estudio de teoría literaria, crítica de arte y estética, disciplinas que prepararon el camino, luego de su ingreso en 1950, a los diecinueve años, en el cuerpo estudiantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Bahía, para su inmersión en los dominios de los conocimientos teóricos, en especial la filosofía, la sociología y la política, obteniendo el primer lugar en el examen de ingreso en esa institución ⁽²⁾.

Su carrera académica —y, ciertamente, el descubrimiento de su vocación— comenzó a ser acuñada de modo impar ya en los primeros meses como estudiante de derecho, cuando en septiembre de 1950 se convirtió en redactor jefe de la recién gestada *Revista Ângulos*, vinculada al Centro Académico Ruy Barbosa, dejando su huella ya en el primer volumen del periódico, con la inclusión del artículo “La Ilustración”, lado a lado de ensayos escritos por Orlando Gomes, García Lorca y Murilo Mendes, entre otros grandes intelectuales de aquel momento.

(1) Gentilicio de los pobladores del estado de Bahía, Brasil (N. del T.).

(2) NETO, Z., A. L. Machado Neto. Vida intelectual: vida, paixão e morte, Salvador, 1979, disponible en http://www.mba.com.br/memorial_pub.asp?id=1.

Su vínculo con la *Revista Ângulos* le proporcionó combustible teórico y creciente ánimo para desarrollar sus producciones textuales, de modo tal que en 1952, a los 21 años y siendo aún estudiante de Derecho, Machado Neto publicó su primera obra en el área de la sociología del conocimiento, intitulada *Dos aspectos de la sociología del conocimiento*, teniendo como referencia las perspectivas teóricas de Karl Marx y Karl Mannheim, obra esta merecedora de una mención honrosa del Instituto Brasileño de Filosofía ⁽³⁾.

En la época de la su vida universitaria, Brasil vivía un periodo de gran efervescencia ideológica, marcado por el surgimiento de movimientos estudiantiles de diversas banderas, así como por la aurora de la etapa de redemocratización del país, recién salido del primer periodo dictatorial, aún bajo la égida de la Constitución de 1946. Por lo tanto, su participación en debates políticos e ideológicos se volvió inevitable ⁽⁴⁾.

Tal como sus actividades y producciones académicas venían indicando, a su *bacharelado* ⁽⁵⁾ en Derecho en 1953 (vale destacar que alcanzado con diploma de Honra al Mérito) siguió su ingreso en el magisterio, a despecho de la práctica de la abogacía, campo que a muchos contemporáneos les pareció más atractivo. En el mismo año de 1953 fue aprobado en concurso para Profesor asistente de Filosofía en el Colegio Central, aquel que otrora acogió las inquietudes del joven Machado Neto, teniendo allí la oportunidad de convivir e influenciar alumnos notables como, por ejemplo, Gláuber Rocha ⁽⁶⁾. Enseguida, paralelamente con sus actividades en el magisterio, se decidió por emprender un nuevo ingreso en la UFBA, ahora en la condición de académico del curso de Ciencias Sociales de la Facultad de Filosofía.

Machado Neto asumía así, como bien señala su esposa Zahidé Machado Neto ⁽⁷⁾, su condición de *homo theoreticus*, tornándose un intelectual de oficio dedicado exclusivamente al universo académico.

A su paso por el magisterio universitario coleccionó cátedras en la Universidad Federal de Bahía —Facultades de Derecho y de Filosofía— en el Instituto Superior de Estudios Brasileños, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alagoas. Sin embargo, fue en la Universidad de Brasilia (UnB), institución que ayudó a fundar, que experimentaría la turbulencia que vendría a culminar en su expurgo político.

(3) MODESTO, P., "Pronunciamento sobre a vida e obra de A. L. Machado Neto", Salvador, Revista do CEPEJ, vol. 01, 1988, p. 57.

(4) *ibíd.*, p. 56.

(5) Este título es el que corresponde a la Licenciatura en Cuba. La Licenciatura en Brasil es exclusiva para la formación de profesores (N. del T.).

(6) PINTO, Marília M. M. Machado Neto, "Discurso proferido no salão nobre da Reitoria, em 22 de novembro de 1998, por ocasião da homenagem póstuma ao prof. Machado Neto", Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, vol. 37, 1996, p. 118.

(7) NETO, Z. Machado, A. L. Machado Neto. Vida intelectual: vida, paixão e morte, Salvador, 1979, disponible en http://www.mba.com.br/memorial_pub.asp?id=1.

En 1961, por invitación de Heron de Alencar, Machado Neto formó parte del proyecto conceptual de la UnB, al lado de Darcy Ribeiro, Anísio Teixeira, su esposa Zahidé y Carlos Costa, asumiendo el proyecto de implementación didáctica de la disciplina Teoría General del Derecho, sin perjuicio de sus atribuciones administrativas de dirección del Instituto de Ciencias Humanas, con la enorme misión de elevar aquella academia a los patrones internacionales de cultura, tornándola modelo vanguardista, tarea ciertamente ardua, aunque absolutamente posible de concretar, considerando su dinamismo y empeño ⁽⁸⁾.

Mientras tanto, el 9 de abril de 1964, transcurridos nueve días del golpe militar que instauró el segundo periodo dictatorial en el país, con la ocupación del *campus* de aquella universidad por policías armados y tropas del ejército, se iniciaba tal vez el mayor de sus desafíos al frente de la UnB. Acusados de subversivos, alumnos y profesores fueron perseguidos, instalaciones fueron allanadas y cerradas, culminando con la exoneración de once profesores, inclusive el entonces Rector, Anísio Teixeira. Para el régimen militar el desarrollo intelectual parecía convertirse en una amenaza inminente ⁽⁹⁾.

Intentó oponer resistencia a la opresión que ahora se instauraba, llegando a encontrarse con el presidente Castelo Branco para dialogar. Sin embargo, las tentativas fueron infructuosas, de modo que, en octubre de 1965, se vio excluido de la universidad que ayudó a edificar ⁽¹⁰⁾.

Exilado, regresó a Bahía a finales de 1965, concentrándose entonces en la elaboración de obras analíticas sobre la situación vivida al frente de la UnB, como el trabajo intitulado *La ex Universidad de Brasilia. Significación y crisis*.

En 1968, invitado por Roberto Santos, entonces Rector de la Universidad Federal de Bahía, recibió la responsabilidad de implantar el Curso de Posgraduación *stricto sensu* en el área de las Ciencias Humanas, asumiendo desde la elaboración del proyecto hasta la efectiva dirección de la Maestría en Ciencias Humanas, curso que se destacó por la excelencia académica, y que congregó una pléyade de intelectuales de renombre mundial.

En 1973, con motivo del concurso para Profesor Titular del Departamento de Derecho Público, escribió la famosa tesis "Fundamentación ego-

(8) *ibíd.*

(9) No sin motivo la afirmación de FORRESTER, V., O horror económico, trad. de Álvaro Lorenzini, São Paulo, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 68, aducida en un contexto diferente, pero absolutamente aplicable a la situación que se comenta: "Porque no hay nada más movilizador que el pensamiento. (...) no existe actividad más subversiva que él. Más temida. Más difamada. Y esto no es casual: el pensamiento es político. De ahí la lucha insidiosa, cada vez más eficaz, hoy más que nunca, contra el pensamiento. Contra la capacidad de pensar".

(10) NETO, Z. Machado, A. L. Machado Neto. Vida intelectual (...), *op. cit.*

lógica de la teoría general del derecho”, posteriormente publicada en la Argentina por la Editorial de la Universidad de Buenos Aires, por indicación del allí Profesor Carlos Cossio, de quien tenía un profundo respeto y obtenía inspiración teórica.

El 17 de julio de 1977, a los 47 años, víctima de un infarto del miocardio, falleció en Salvador, dejando huérfanos a sus dos hijos —Carlos Frederico y Luis Antônio— y a los innumerables alumnos que lo consideraban un cariñoso maestro y amigo.

Su carrera fue así interrumpida de forma precoz y paradójicamente madura, después de obtener dos graduaciones —en Derecho y en Ciencias Sociales—, dos doctorados en la forma de concursos para la docencia libre —en Derecho y Sociología— y los cargos de Profesor Titular de la Universidad Federal de Bahía —en Teoría General del Derecho y en Sociología—, habiendo alcanzado éxito en los respectivos concursos públicos de selección.

El balance de su vida académica se puede inferir del análisis del acervo compuesto por treinta y dos libros, ochenta y nueve ensayos publicados en publicaciones periódicas nacionales y extranjeras, además de innumerables reseñas y separatas, producciones en los más diversos campos del saber, desde política, filosofía, sociología del conocimiento, derecho, economía regional y hasta crítica literaria, de las que merecen un destacado especial: *Para una sociología del derecho natural* (1958), *Teoría del derecho y sociología del conocimiento* (1965), *Compendio de introducción a la ciencia del derecho* (1973), *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho* (1974), *Debate sobre la teoría egológica como teoría general del derecho* (1974). Como si fueran brújulas, estas obras orientan los primeros pasos de los iniciados en el complejo universo jurídico ⁽¹¹⁾.

A lo largo de su trayectoria intelectual puede apreciarse el vigoroso desarrollo de una variada producción en los más diversos campos del conocimiento. No obstante, su indeleble contribución a la ciencia jurídica descansa, sobre todo, en la importación al Brasil de la teoría egológica del derecho, creada por el iusfilósofo argentino Carlos Cossio como alternativa a la hasta entonces tradicional teoría positivista, de matriz kelseniana, que él consideraba inadecuada desde el punto de vista epistemológico ⁽¹²⁾.

(11) Obras, títulos académicos y lista de actividades docentes y profesionales desempeñadas por el iusfilósofo pueden encontrarse en el curriculum vitae disponible en el Memorial A. L. Machado Neto, mantenido por su hijo Carlos Frederico Machado Neto, http://www.mbf.com.br/memorial_hom.asp.

(12) Para profundizar más en el tema se sugiere la lectura del ensayo de Machado Neto intitulado *Notas sobre la insuficiencia de la teoría general del Derecho en uso* (1971), disponible en la página electrónica del Memorial A.L. Machado Neto: http://www.mbf.com.br/memorial_hom.asp.

III. ASPECTOS GENERALES DE LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO DE CARLOS COSSIO

La teoría egológica del derecho, acuñada por Carlos Cossio, junto con la teoría tridimensional, esta última del igualmente erudito Miguel Reale, formó parte del culturalismo jurídico en la América Latina como vertiente de pensamiento surgida en el seno de los movimientos postpositivistas.

Lo que efectivamente se pretendía era superar la comprensión del derecho como un producto metódico de procedimientos formales, deductivos e inductivos, para reafirmarlo como una unidad inmanente, de base concreta y real que descansa sobre valoraciones, concibiéndolo, de esa forma, como un objeto creado por el hombre, perteneciente entonces al campo de la cultura ⁽¹³⁾.

En realidad, destaca Frederico Pensado ⁽¹⁴⁾, la comprensión del derecho como un producto cultural ya era objeto de los estudios del alemán Gustav Radbruch desde 1914. Sin embargo, es a partir de 1941, con la publicación de la obra de Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, que tal debate jusfilosófico gana innegable aliento.

Partiendo de la clasificación de los objetos, según los moldes propuestos por Edmund Husserl, Cossio define claramente la posición del derecho como un objeto cultural y, en especial, un objeto egológico, respaldado por la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.

Según Husserl, toda ciencia está dirigida al análisis de objetos, sustentándose en las leyes inherentes a sus respectivas esencias:

“A toda ciencia corresponde un dominio de objetos como dominio de sus investigaciones, y a todos sus conocimientos, es decir, aquí a todos sus enunciados correctos corresponden, como fuentes provenientes de la fundación que da fe de su legitimidad, ciertas intuiciones en las que hay donación de los propios objetos de ese dominio o, al menos parcialmente, donación originaria de ellos (...). El mundo es el conjunto completo de los objetos de la experiencia posible y del conocimiento posible de la experiencia, de los objetos que pueden ser conocidos sobre la base de experiencias actuales del pensamiento teórico correcto” ⁽¹⁵⁾.

Husserl, en ocasión de la elaboración de las bases teóricas de su fenomenología existencial, tuvo el cuidado de catalogar los objetos de investigación

(13) SOARES, R. M. Freire, Curso de introdução ao estudo do Direito, 3ª edición, Salvador, Jus Podivm, 2012, p. 209.

(14) PENSADO, F., “O objeto do Direito do ponto de vista da fenomenologia egológica”, Cadernos da EMARF: Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, vol. 1, no. 1, p. 85, abr./set. 2008.

(15) HUSSERL, E., Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica, São Paulo, Ideias e Letras, 2006, p. 9.

como categorías, observadas sus peculiaridades ontológicas, a saber: objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos.

Los objetos ideales serían aquellos objetos sin existencia, neutros de valor, situados en el plano ideológico, basados en juicios apodícticos y comprendidos a partir de un proceso intelectual, en el que se adopta el método deductivo de progenie cartesiana.

Por otro lado, los objetos naturales serían aquellos objetos reales y neutros de valor, pudiendo ser aprendidos a través de proceso explicativo, a partir del empleo del método empírico-inductivo.

Por su parte, los objetos culturales aparecerían como objetos reales —estando, por tanto, en el plano de la experiencia— y posibles de ser valorados positiva o negativamente. Su comprensión sería viabilizada a través de la adopción del método empírico-dialéctico.

Finalmente, dentro de la categoría de los objetos metafísicos estarían situados aquellos que, aun siendo reales y posibles de valoración, no se encontrarían en el plano empírico ⁽¹⁶⁾.

En esta línea de pensamiento, la heterogeneidad de los objetos justifica la pluralidad de métodos a ser adoptados con vistas a la realización del conocimiento en términos más simples, pretendiéndose comprender plenamente un determinado objeto, la identificación de los trazos caracterizadores de su esencia —o *eidós*, utilizando la expresión husserliana— es etapa fundamental para la adecuada elección del método a ser empleado en el análisis.

Acerca de la adecuada elección de los métodos de estudio de un objeto, Cossio considera que “[s]i cada método adjudica a la misma ley un significado diferente, entonces cabe preguntar: ¿basado en qué criterio se ha de optar por un método u otro? (...) el problema que hemos esbozado se resuelve dando a cada método interpretativo su esfera de legitimidad, no se puede volver la espalda a la Exégesis en forma absoluta; antes, por el contrario, la Exégesis conserva su valor en la esfera que le es propia” ⁽¹⁷⁾.

Por su parte, Carlos Cossio trasciende los límites de la teoría husserliana de los objetos cuando, al estudiar los objetos culturales, identifica en la composición de estos la presencia de un sustrato y un sentido.

El sustrato representa el soporte fáctico y puede equivaler a un objeto mundano —un elemento de la realidad física— o un objeto egológico —una

(16) MACHADO NETO, A. L., *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 21.

(17) COSSIO, C., *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Arayú, 1954, ps. 2-4.

conducta humana—. El sentido, por su parte, refleja el juicio de valor realizado por el sujeto intérprete acerca del soporte fáctico, calificándolo.

Aprovechando el ejemplo mencionado por el propio autor argentino, se puede percibir claramente la configuración de los elementos antes señalados, a partir del análisis de la estatua de la Venus de Milo, exhibida en el Museo del Louvre. El significado de la estatua como una obra de arte depende de la atribución de un valor —en este caso, la belleza— al objeto mundano —la pieza de mármol esculpida—. Si no existe tal valoración, solo subsistiría una pieza de mármol. Dicho de otra forma, el objeto Venus de Milo es producto (y, por tanto, resultado) de una valoración realizada por un intérprete sobre una determinada fracción de la realidad.

Refiriéndose al examen del derecho, Cossio sostiene que, con vistas a lograr una adecuada teoría iusfilosófica, para la aprehensión de la esencia del derecho —y, por tanto, de la categoría de objetos a los que está imbricado— es primordial la elección del método correcto para su estudio. Para el autor argentino, no sería la exégesis literal el modo adecuado de referirse a las relaciones e implicaciones normativas ⁽¹⁸⁾.

Al referirse al derecho, ubicándolo entre los elementos culturales, Cossio ⁽¹⁹⁾ lo considera formado por un sustrato, cualquiera que sea la conducta humana, y un sentido, o sea, un juicio de valor incidente sobre la conducta humana objeto de evaluación. Por tanto, se tiene la norma jurídica como producto de la sobreposición del sentido sobre el soporte fáctico, de la valoración sobre el comportamiento. De ahí resulta, por tanto, que la conducta, a la luz de la teoría egológica, despunte como elemento constitutivo del propio derecho.

Basado en esta construcción teórica, Cossio sostiene el dislocamiento del objeto de estudio, de lo epistemológico del derecho de la norma para la conducta humana. Esto ocurre porque el objeto de la ciencia del derecho no es la norma en sí, sino su significado, elaborado a partir de la valoración de una conducta. Es así que la norma jurídica emana de las relaciones entre sus elementos, a saber, sustrato y sentido, valoración y conducta ⁽²⁰⁾.

La conducta, por tanto, es considerada como elemento formador de la norma jurídica, no como mera finalidad normativa.

Así, es incorrecto pensar la norma como una creación legislativa autónoma, producto de la *ratio* del legislador, dirigida a impactar la conducta humana.

(18) *ibíd.*, p. 4.

(19) COSSIO, C., "Panorama de la teoría egológica del derecho," *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1948, p. 70.

(20) *ibíd.*, p. 71.

Sobre el tema, es importante transcribir las palabras de Cossio:

“Aquí nos urge precisar las cosas. Los juristas dicen también que el derecho tiene por objeto la conducta, usando la palabra ‘objeto’ en el sentido de ‘propósito’ o ‘destino’. Pero ninguna sinonimia cabe entre la conducta como propósito o destino del derecho y la conducta como sustrato del derecho”⁽²¹⁾.

A pesar del posicionamiento presente en la teoría tradicional, en la que la norma jurídica es creada como alcance de direccionamiento de la conducta del agente social, bajo la amenaza de imposición de una sanción, a la luz de la teoría egológica, en la medida que se presenta como elemento constitutivo de la norma, la conducta humana pasa a integrar el propio derecho. En términos más simples, la propuesta egológica se revela en el sentido de que, en lugar de primero pensar la norma ideal, dirigida a conformar una conducta, es necesario primero analizar la conducta en el ámbito de la tríada espacio-tiempo-valoración, para, posteriormente, como resultado natural, inferir la norma jurídica resultante. Así, se pretende inferir una norma jurídica auténtica una vez analizada la valoración ejercida sobre la conducta.

No siendo aún suficiente, considerando que la valoración sobre la conducta —sea positiva o negativa— es realizada por otro sujeto, en la medida que está afectado —o se encuentra en vías de ser afectado— por la mencionada conducta, existe, en realidad, la necesidad del análisis de la *conducta humana en interferencia intersubjetiva*.

Para Cossio⁽²²⁾, la existencia humana es, en realidad, coexistencia. El derecho se sedimenta a partir de relaciones de contraste y alteridad, existiendo una recíproca articulación entre derechos y deberes de los sujetos envueltos en una dada relación jurídica. En esta bilateralidad es que descansa el objeto del conocimiento jurídico.

En la medida en que se ponen de manifiesto las relaciones intersubjetivas guardando adscripción a obstáculos éticos establecidos por la sociedad en determinado momento histórico, la construcción del sentido atribuido a la conducta se realiza sobre valores positivados en determinado espacio-tiempo, valores que el autor argentino se preocupó en agrupar, considerándolos conexos. El plexo axiológico cossiano está compuesto por los siguientes valores propios de las sociedades: justicia, solidaridad, paz, poder, seguridad y orden⁽²³⁾.

(21) *id.*, p. 70.

(22) *id.*, p. 72.

(23) COSSIO, C., *La valoración jurídica (...)*, op. cit., ps. 81-83.

Así, las determinaciones normativas creadas por el legislador deben reflejar los valores que permean la realidad social, prestando atención en esta empresa a las relaciones intersubjetivas que se ponen de manifiesto en el contexto comunitario.

A partir de tal percepción, como fue dicho anteriormente, Cossio sostiene sus críticas a la teoría kelseniana, en especial en lo que se refiere a la metódica constituida sobre un nexo lógico de imputación, en el que la respuesta jurídica se obtiene a partir de la vinculación a premisas impuestas por el legislador, postulando que, para que la experiencia jurídica pueda ser entendida plenamente no se debe considerar el derecho como un ser neutro, sino que debe estar asociado a los valores que permean el mundo real, de forma tal que entre ser y deber ser subsista una constante comunicación dialéctica, denominada por el autor círculo hermenéutico ⁽²⁴⁾.

IV. LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO Y LAS CONTRIBUCIONES DE A. L. MACHADO NETO

Machado Neto ⁽²⁵⁾ verdaderamente atribuía a la teoría egológica un carácter instrumental al considerarla como “instrumento teórico para instrumentar la actividad pragmática del jurista”. Su propuesta era la superación del hiato existente entre teoría y praxis, considerándola una teoría más compatible con la idea de realidad conformadora de la normatividad y, por tanto, una teoría del derecho apta para superar las inadecuaciones que permeaban la teoría tradicional hasta entonces dominante.

Siguiendo la línea de pensamiento de Carlos Cossio, Machado Neto refutaba de forma absoluta la concepción imperativista de las normas, así como la comprensión de estas como un orden emanado predominantemente del Estado.

Para él, el normativismo lógico, característico del pensamiento kelseniano, necesitaba de una superación paradigmática con el fin de romper con la identificación del derecho como un orden estrictamente legislativo y, por tanto, centrado en la figura del legislador. Para ello se preocupó en demostrar la existencia de un círculo vicioso relacionado con los límites existenciales de la norma:

“De hecho, ¿cuál es la respuesta de Kelsen a la pregunta sobre por qué una norma es positiva? Su respuesta será: porque fue dada por el órgano competente. Pero si ahora preguntamos por qué el órgano es competente, la

(24) COSSIO, C., “Panorama de la teoría egológica del derecho”, Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1948, ps. 74-75.

(25) MACHADO NETO, A. L., “Direito, cultura e existência (ou sobre a instrumentalidade da teoria egológica do Direito)”, Revista de Informação Legislativa, [S.l.], vol. 9, nro. 36, p. 152, oct/dic. 1972.

respuesta será la propia revelación del círculo vicioso: — porque fue creado según la norma positiva que le dio tal competencia. Simplemente, el problema de la positividad no es problema para la teoría egológica. La conducta es, por sí misma, positiva porque es un hecho, aunque humano y, por tanto, significativo. No hay que preguntar entonces por la positividad del derecho ya que, si derecho es conducta y conducta es hecho, la propia expresión de derecho positivo ya es pleonástica. Lo que cabe preguntar es si determinada norma es positiva o no según ella logre conceptuar la conducta existente en determinada comunidad o no. Si lo logra, es una norma verdadera, si no, es un pensamiento normativo que no logra conceptuar convenientemente su objeto, la conducta en interferencia intersubjetiva” (26).

De acuerdo con la perspectiva machadiana, el derecho no debe ser considerado como un objeto hermético y autónomo, disociado de la realidad y legitimado por un orden formal, sino que, en la condición de objeto cultural, debe ser elástico en el sentido de viabilizar la intersección necesaria entre el ser y el deber ser.

De esta forma, el legislador y el operador del derecho deben tener en cuenta los patrones de conducta existentes en la sociedad en cuanto a la elaboración y aplicación de la norma, una vez que el derecho, fruto de la convivencia humana en sociedad, “traería la marca del ambiente que lo forma y donde él ejerce su función socializadora” (27).

Al comprender la relación intrínseca entre el derecho y la facticidad, una lectura bajo el enfoque cultural lleva a la afirmación de que el derecho encuentra su matriz de validez en la realidad social, no siendo un mero producto de la razón. La realidad social plasma el derecho, dándole a las normas la necesaria legitimación para la validez plena del ordenamiento jurídico (28).

(26) *ibíd.*, p. 158.

(27) MACHADO NETO, A. L., *Compêndio (...)*, op. cit., p. 73.

(28) Hay que resaltar que el término “validez” no fue empleado por Machado Neto, quien optó por adoptar la expresión “norma verdadera” [*Direito, cultura (...)*], op. cit., p. 158]. No obstante, se percibe la proximidad de las ideas de Machado Neto reproducidas con aquella definición otrora presentada por Jürgen Habermas cuando analiza la validez social de las normas del derecho en la obra *Derecho y democracia: entre facticidad y validez*. Según el filósofo, la adecuada comprensión del moderno Estado de derecho presupone una aproximación dialéctica de la realidad social (ser) con la previsión normativa (deber ser), en oposición a una reflexión puramente racionalista-normativa (HABERMAS, J., *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, trad. de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 47). La teoría egológica, dice Muricy, incorpora el empleo del término verdad jurídica, refiriéndose a una “verdad estimativa, cuyo criterio positivo es la valoración judicial. No basta, dice Cossio, la sintonía del juez con las reglas de coherencia del sistema, (...), además de coherente, para la decisión ser justa debe representar la mejor lectura judicial del entendimiento societario en un momento dado, es decir, la mejor ecuación posible de los valores contenidos en el ordenamiento” (MURICY, Marília, “Machado Neto. O Pensamento Filosófico de A. L. Machado Neto e a Nova Hermenêutica Jurídica”, *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, vol. 37, 1997/1998, p. 84).

Con la intención de presentar la diferencia fundamental entre el derecho y los demás instrumentos que componen el control social, entre los cuales están los *folkways* (normas del trato), normas morales y normas religiosas, Machado Neto ratifica la afirmación cossiana en el sentido de que el derecho objetivo es una “mención normativa que interpreta la conducta humana en términos de un continuo de licitudes y un discontinuo de ilicitudes” ⁽²⁹⁾.

Adoptando la premisa de que la norma jurídica difiere de las demás normas de control social, ante la posibilidad de determinarse como sanción la ejecución forzosa, Machado Neto llega a la conclusión de que tal posibilidad está indisociablemente vinculada a la bilateralidad de la norma jurídica y, por consiguiente, a la existencia de un derecho subjetivo oponible por otro individuo, directa o indirectamente afectado por la acción, lo que no ocurre en las demás hipótesis de normas de control social:

“Porque si A tiene el deber de cortesía para con B, la sociedad no reconoce a B el derecho de exigir esa cortesía deseable por parte de A. Solo se limita a punir A con la sanción difusa de la opinión pública y, no por eso, B pudo disfrutar de la cortesía que A le debía. Sin embargo, eso prueba que es de la propia bilateralidad esencial del derecho que viene su exigibilidad por parte del titular del derecho subjetivo y, por eso, la característica de la sanción jurídica como imposición inexorable o ejecución forzosa” ⁽³⁰⁾.

Según el autor, las acciones que se presentan en el ámbito de las normas extrajurídicas de control social —aquellas en las que no es posible su ejecución forzosa en respuesta a su incumplimiento— tienen como resultado, para el orden jurídico, comportamientos facultados y no prohibidos. Concluye que no existe conducta indiferente para el derecho, ya que toda y cualquier conducta incidirá en la esfera de lo ilícito o de lo lícito o jurídicamente facultado ⁽³¹⁾.

En este sentido, Machado Neto tiene éxito al separar el derecho de la moral en lo que se refiere a sus efectos, no obstante, considere a ambos como manifestaciones de la normatividad ética. Aun así, a pesar de tal evidente diferencia, la relación entre derecho y moral es imperiosa al considerar que “una sociedad pasa a conferir la nota de exigibilidad y su consecuente imposición inexorable a través de la sanción organizada a toda exigencia moral que se haya tornado esencial para la vida y para el equilibrio del grupo” ⁽³²⁾.

(29) MACHADO NETO, A. L., *Compêndio (...)*, op. cit., p. 88.

(30) *ibíd.*, p. 87.

(31) A la luz de la tradicional teoría combatida por Machado Neto, a la norma jurídica le interesaba solo la conducta ilícita. Vid. MACHADO NETO, A. L., “Direito, cultura (...)”, op. cit., p. 154.

(32) MACHADO NETO, A. L., *Compêndio (...)*, op. cit., p. 92.

En otras palabras, de las lecciones de Machado Neto se puede concluir que no toda exigencia moral corresponderá a una norma del derecho. Así, toda norma del derecho que pretenda ser “verdadera” deberá reflejar una exigencia moral vigente en la sociedad en determinado periodo. Según él, “puede decirse que el derecho, o, mejor dicho, que lo prohibido por el orden jurídico, es atribución de elegibilidad que la sociedad confiere a aquel mínimo de moral que ella considera imprescindible para su sobrevivencia”⁽³³⁾.

De esta forma, al percibir que el derecho, en movimiento dialéctico, condiciona —a partir de mecanismos coercitivos, en especial de la sanción y de la ejecución forzosa— y, de forma recíproca, es condicionado por la realidad social, reflejando valores existentes en un determinado espacio-tiempo, Machado Neto demuestra la incoherencia al aplicarse el principio de la neutralidad axiológica, típico de las ciencias naturales, al estudio del derecho⁽³⁴⁾.

Tal comprensión abarca no solamente la actividad normativa legislativa. Al transponer el objeto de la tarea de interpretación del jurista de la norma hacia la conducta, y entendiendo esta última como comportamiento sumado a una significación basada en un valor vinculado a un contexto histórico-social, Machado Neto plantea herramientas que orientan la tarea del jurista práctico, en especial de los magistrados, para la adecuada aplicación del derecho⁽³⁵⁾.

Enfocando su atención en el producto máximo de la actividad judicante bajo la óptica de la motivación de los fundamentos, la sentencia adecuada sería la aproximación de los valores que motivaron la decisión al plexo axiológico de la sociedad. Por tanto, se refiere a la fenomenología de la sentencia propuesta por Cossio. También plantea una importante advertencia al hablar sobre las instancias de normatividad en lo que se refiere a la importancia de las fuentes del derecho, en especial la norma positivada, como estructuras balizadoras de la actividad judicante dirigidas a evitar la arbitrariedad del juzgador.

Si la evaluación o conceptualización jurídica de la conducta fuese libre, el aplicador o el juzgador establecerían la norma mediante la cual juzgarían la conducta. Tal sistema representaría la absoluta inseguridad vital, ya que es hecho notable la diversidad de criterios de los jueces sobre la conducta. De esta forma, el mismo hecho de conducta sería diversamente juzgado y, así, jurídicamente conceptualizado según el tipo psicológico, las opiniones y las

(33) *ibíd.*

(34) *íd.*, p. 13.

(35) PINTO, Marília M. M. Machado Neto, “O Pensamento Filosófico de A. L. Machado Neto e a Nova Hermenêutica Jurídica”, *Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador*, vol. 37, 1997/1998, p. 81.

ideologías de los juzgadores. Por tanto, urge que la valoración judicial esté limitada por instancias objetivas de valoración ⁽³⁶⁾.

Obviamente, el iusfilósofo reconoce la gran importancia de la ley entre las balizas normativas, no sin admitir la importancia de la costumbre como fuente del derecho, inclusive mencionando la legitimidad de la costumbre *contra legem* como argumento que permite su adopción por parte del magistrado, como base para la toma de decisiones, en hipótesis en las que la ley positiva carece de adecuación al contexto social.

Por último, también es importante destacar que Machado Neto entendía el derecho como un objeto cultural en el que la comprensión sería el acto gnoseológico aplicable a su estudio. La metodología adecuada para la realización de tal comprensión sería el método empírico-dialéctico: empírico como indisociable de la realidad espacio-temporal, y dialéctico en razón de la necesidad de permanente interlocución entre sustrato y sentido ⁽³⁷⁾.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Sintetizar las premisas teóricas de un autor con tan vasta bibliografía es, ciertamente, tarea temeraria, ya que existe el alto riesgo de incurrir en reduccionismos. En esta empresa es preferible sugerir al lector interesado la consulta de aquella que puede ser considerada una obra síntesis, *Un nuevo cogito e sesenta verdades básicas para una eidética de lo social* (1977), en la que, a través de la utilización de una estructura de aforismos, Machado Neto presenta un extracto de las ideas centrales que concatenan su matriz teórica:

Según él, “hay dos tipos de objetos culturales —mundanales y egológicos— según tengan, respectivamente, como sustrato un pedazo de la naturaleza o un momento del ego personal de alguien”, afirma la 4ª Verdad; “La conducta (vida biográfica) es libertad metafísica fenomenizada”, registra la 18ª Verdad. “Derecho es la interferencia intersubjetiva de conductas (mi hacer y el impedir o no de los otros sujetos convivientes)”; “Los modos de ser del Derecho son cuatro y solo cuatro: facultad, prestación, ilícito, sanción”; “El análisis de la experiencia (cualquiera, sea de objeto cultural, egológico o mundanal) nos revela necesariamente los siguientes elementos: a) una estructura lógica (normativa): elemento formal y *a priori*. b) una valoración: elemento material y *a priori*. c) un contenido histórico-condicionado: elemento material y *a posteriori*. De ahí que todo objeto cultural y la moral - sean: a) norma; b) valor; c) hecho”, revelan, respectivamente, las 20ª, 21ª y 22ª Verdades.

(36) MACHADO NETO, A. L., *Compêndio (...)*, op. cit., p. 197.

(37) *ibíd.*, p. 222.

También decía Machado Neto ⁽³⁸⁾ que “el hombre no tiene naturaleza, sino historia” y que “la vida no nos es dada hecha, sino a hacer. La vida es hacer”. Pues bien, Machado Neto hizo historia. Y la hizo de forma notable.

Sus contribuciones académicas fueron de gran utilidad. En el momento en que el pensamiento vigente en los centros intelectuales brasileños reflejaba las ideas europeas, Machado Neto demostró audacia intelectual y firmeza de carácter al importar, en las salas de debate de Bahía, las valiosas lecciones de un iusfilósofo argentino, convirtiéndose en su principal difusor en Brasil.

En contraposición a lo que llamaba pensamiento tradicional —el positivismo lógico kelseniano— lanzó las bases para la sedimentación de una nueva hermenéutica, no más sustentada en la lógica formal, en la que el objeto de interpretación descansa en la norma, sino, verdaderamente, en una lógica trascendental, en la que el foco está dirigido a la conducta humana —siempre entendida como conducta compartida o en interferencia intersubjetiva—. Sin embargo, no lo hizo sin antes construir sólidamente las premisas que permiten justificar la aproximación entre el derecho y las influencias sociales, confiriéndole a aquellas una indisociable carga axiológica. Puede suponerse que su éxito descansa en su íntima vinculación y fascinación por la sociología.

Su empeño en transformar la Universidad Federal de Bahía en una institución modelo le rindió respeto y veneración de maestros y estudiantes de innumerables generaciones, inclusive de aquellos que ni siquiera llegaron a disfrutar de su presencia, pero que conocieron su legado intelectual. No sin motivo es que la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Bahía tiene su nombre en su pórtico, como un justo homenaje al emérito Maestro que a ella tanto se dedicó.

Como bien afirmó Marília Muricy, “el vigor de una institución se mide —entre otros indicadores— por la capacidad que tiene de mantener viva su memoria” ⁽³⁹⁾. Por tanto, es justo que tantos homenajes le sean rendidos a aquel que jamás dejó de economizar esfuerzos en el sentido de transformar la Universidad Federal de Bahía —aquella que le sirvió de cuna— en un Centro de Excelencia jurídica de Brasil y de América Latina.

(38) “Direito, cultura (...)”, op. cit., p. 268.

(39) PINTO, Marília M. M. Machado Neto, “Discurso (...)”, op. cit., p. 115.

VIRTUALIDAD EGOLÓGICA: UN ESCENARIO SIN LÍMITES

Por Lorena Siquot (*)

En 1949 tuvo lugar en suelo latinoamericano un debate central dentro de la filosofía del derecho: la teoría egológica y teoría pura revistaron sus argumentos.

Uno de los temas tratados fue el objeto de la ciencia del derecho. La definición de las diferentes posiciones colocó al austriaco Hans Kelsen dentro de los tentadores límites de la norma jurídica y, enfrente, al argentino Carlos Cossio, con la ampliación del escenario jurídico.

Ambas posiciones no se quedan limitadas a un simple debate académico, sino que por un lado evidencian las consecuencias sociales que generan en la vida de las personas que acuden a la justicia, y por otro, la responsabilidad en la que los abogados y las abogadas que participamos en aquellos procesos asumimos en el ejercicio profesional.

I. INTRODUCCIÓN

Kelsen y Cossio han diferido en numerosos aspectos y coincidido en otros. De los últimos podemos mencionar al juicio del *deber ser* y al axioma ontológico de la *libertad*.

Una de las principales diferencias, para el derecho como ciencia, ha sido la definición de su objeto. Para Kelsen, pese a la ampliación plasmada en el conocido “debate Kelsen-Cossio”, sobre el aspecto estático y dinámico, la norma jurídica es el factor determinante.

Cossio define el derecho como “conducta humana en interferencia intersubjetiva” y da inicio a una explicación totalmente opuesta.

Los desarrollos de ambas posturas no permiten analizar los límites de actuación del positivismo kelseniano y en caso de existir, los egológicos.

(*) Profesora de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

II. EL DERECHO Y SU OBJETO

II.1. Notas preliminares: los contenidos del debate

El t3pico fue abordado dentro del famoso debate del a3o 1949, seg3n la publicaci3n egol3gica de este.

“Problemas escogidos de la teor3a del derecho” puede presentarse dividido en dos partes: la primera est3 formada por tres de las conferencias del austriaco y la segunda secci3n, por el balance de la visita del mismo.

En el inicio, la primera conferencia deja presentada a la ciencia del derecho como ciencia normativa. Como consecuencia, se diferencia en que en las ciencias sociales el pensamiento normativo es imputativo y en las ciencias naturales es causalista.

La segunda exposici3n, sobre el objeto de la ciencia del derecho, introduce la conocida divisi3n entre un aspecto est3tico y uno din3mico. El primero es la norma en su estado de reposo y el segundo es en el acto de creaci3n o de aplicaci3n. Adelanto que este tema se vincula a la tem3tica en estudio.

La tercera la divide en dos: comienza con el derecho como orden constrictivo y cierra con la determinaci3n del antecedente de la transgresi3n, el nexo de la imputaci3n y la sanci3n como resultante.

Cossio dedica la segunda secci3n al balance provisorio de la visita, que fue parte del famoso art3culo publicado en la revista jur3dica *La Ley*, para volcar los temas de coincidencias y diferencias entre ambos.

II.2. La posici3n kelseniana: el derecho y sus aspectos est3tico y din3mico

La clave para interpretar esta conferencia es explicar por qu3 el objeto de la ciencia no es conducta.

Kelsen estableci3 que la ciencia del derecho encara su objeto desde dos puntos de vista, o que este tiene dos diferentes puntos de vista: el est3tico y el din3mico. En el primero, “el Derecho se presenta como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta rec3proca de los hombres” ⁽¹⁾. Ese aspecto, como acto creador de derecho, se divide en un aspecto subjetivo, que es prescribir o permitir determinada conducta, y en un aspecto objetivo, que es el de norma jur3dica.

(1) KELSEN, H., y COSSIO, C., Problemas escogidos de la teor3a pura del derecho. Teor3a Egol3gica y Teor3a Pura, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1952, p. 34.

Además, el acto puede efectuarse de múltiples maneras: a través de un gesto, por un signo simbólico, por palabras habladas o escritas.

Por otra parte, Kelsen establece diferencias entre la conducta en sí y la conducta referida por la norma, y de aquella que se aplicará. Así, establece que “[e]s indispensable distinguir lo más netamente posible entre el acto y su significación, particularmente entre el acto que crea una norma y la norma creada por este acto (...). En tanto que norma, el Derecho, desde el punto de vista estático, no puede ser definido como conducta humana, siendo la conducta lo que se acomoda o no al Derecho. Desde este punto de vista, el Derecho no es nada más que una norma o un sistema de normas”⁽²⁾.

Por otra parte, nos espera el aspecto dinámico del derecho. El autor lo presenta referido a la conducta humana. Así, sostiene que “si tratamos de comprender el proceso mediante el cual el Derecho se crea y aplica, la conducta a la que se refieren las normas jurídicas se coloca en primer plano”⁽³⁾.

Sin embargo, esta presunta ampliación del objeto de la ciencia, nuevamente es cerrada por el límite de la norma. “El Derecho como objeto de una teoría dinámica es un sistema de actos de conducta humana determinados por las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico, las que, a su turno, se crean y se aplican por tales actos”⁽⁴⁾.

Kelsen emplea esa división sobre estos dos conceptos de la física⁽⁵⁾, para apropiarse simbólicamente de la conducta humana: “he aquí la respuesta a la cuestión de lo que es la esencia del Derecho como objeto de la ciencia del Derecho: normas determinantes de los actos de la conducta humana, desde el punto de vista de una teoría estática; actos de conducta humana determinados por las normas, desde el punto de vista de una teoría dinámica. En la primera fórmula el acento se coloca sobre las normas; en la segunda, sobre los actos de conducta humana. Pero una y otra de estas dos teorías del Derecho tienen por objetos normas”⁽⁶⁾.

Kelsen identifica otras problemáticas dentro del objeto de la ciencia del derecho. Tal es el caso de la validez de aquellas normas que deben responder a una norma general y su derivación de la Constitución. A su vez, aquella norma fundamental es la que le da sentido a las normas que regulan las conductas humanas.

El profesor austriaco incluye también las llamadas reglas del derecho. Estas presentan la forma de un juicio imputativo, están referidas a un orden

(2) *ibíd.*, p. 35.

(3) *id.*, p. 36.

(4) *id.*, p. 37.

(5) Esta calificación fue una de las críticas que le hizo Cossio. Ver KELSEN, H. y COSSIO, C., Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, Teoría Ecológica (...), *op. cit.*, p. 148.

(6) *ibíd.*, p. 40.

jurídico positivo concreto y permiten la descripción del objeto derecho. Se diferencian de las normas porque no crean derecho.

“Si un hombre roba, un tribunal debe penar al ladrón, se refiere necesariamente a un orden jurídico particular, pongamos por caso, el derecho argentino. La regla de derecho de la Argentina expresada más precisamente, declara: Si el órgano legislativo de la Argentina ha expedido una norma general indicando que un ladrón debe ser penado por un determinado tribunal, y si este tribunal ha comprobado que un hombre ha cometido un robo, el tribunal competente, es decir el tribunal autorizado por la norma expedida por el legislador argentino, debe imponer al ladrón la pena establecida por una norma sancionada por el legislador argentino” ⁽⁷⁾.

Para finalizar su visión, presuntamente más amplia, sobre el objeto de la ciencia del derecho, establece que indirectamente, toda conducta está determinada por el derecho, por el imperio del principio ontológico de la libertad. Pero ello no significa que sea parte del derecho: “Lo que hace objeto jurídico a los actos de conducta humana, y por esto mismo un objeto de la ciencia del Derecho, son las normas jurídicas referentes a estos actos” ⁽⁸⁾. Es decir, que lo que parece ser una ampliación nominal del objeto derecho, es cercado en su desarrollo. El derecho es norma que refiere a una conducta humana, en el sentido estático, y el derecho es el acto de la creación de esa norma y de la aplicación, en sí, nada más.

III. LA RESPUESTA EGOLÓGICA

Cossio es contundente, la descripción del objeto de la ciencia del derecho es contradictoria y suficiente para implicar la autodestrucción de la “teoría pura”.

La faz dinámica pretende ampliar sus límites, pero se mantiene en la delimitación de la norma jurídica. Es decir, las diferencias, o lo que he llamado el “excedente” entre la conducta neutra de la norma y las de la norma creada en la sentencia del caso particular, no son derecho y, por lo tanto, no hay tal ampliación. El derecho sigue siendo norma y solo norma.

La evidencia de la contradicción kelseniana queda plasmada cuando compara la ejecución de una pieza por un pianista con la tarea de una sentencia judicial. Reconoce la profunda tarea y las diferencias con la obra del compositor, pero no lo ubica en el derecho.

Finalmente, la misma suerte determina para el reconocimiento del axioma ontológico y para el concepto de la necesaria eficacia social del or-

(7) *ibíd.*, p. 51.

(8) *id.*, p. 40.

den jurídico. Pareciera que el problema es reconocerlos como factores que inciden en el día a día de la práctica jurídica, pero no poder abordarlos en el hacer jurídico.

Llega así el turno de Cossio. Sobre la base de una posición filosófica opuesta, establece que la división del objeto para Cossio es impensable y la reducción al tamiz o filtro de la norma en la definición de lo jurídico, lo reduce.

A diferencia de la postura kelseniana, el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva. “El Derecho es conducta, vida humana viviente, objeto egológico”⁽⁹⁾. Podríamos decir que en Cossio no hay un excedente o una limitante en la actividad de conocimiento del juez.

El sentido del caso no puede limitarse por la norma fundamental porque esta, como tal, tiene las limitaciones epistemológicas propias de los conceptos. Por ello, para analizar fenómenos de conducta parte del empleo de la *intuición*.

Para explicar las diferencias de alcance, emplea el conocido ejemplo de la conducta de transportar un libro. En ella es posible una apreciación vinculada a la naturaleza, es decir, a los fenómenos físicos presentes; también, entendiéndola como un acto de libertad, es decir, de un hacer ante la posibilidad de no hacer, en un análisis moral de este.

Pero, finalmente, hay en el fenómeno humano otra posible presentación. Me refiero a la libertad de conducta como fenómeno resultante y ante la necesaria omisión permisiva de otra persona. Ello así, porque para Cossio: “Como la existencia humana es coexistencial, considero ahora la transportación del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide. El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen en la vida, ahora también, en cuanto que, dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y la transportación del libro como hacer— ya no es visto como un hacer solo mío, aunque sea yo quien transporta. Esta es la consideración de la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente”⁽¹⁰⁾.

Queda así, de la mano de la intuición ontológica, liberado el objeto del derecho de la limitación epistemológica de la norma jurídica, que en Kelsen está limitada a ser un concepto.

(9) *id.*, p. 110.

(10) *id.*, p. 112.

Hasta aquí, quien lee estas palabras puede preguntarse acerca de la utilidad o trascendencia del debate. La respuesta es sencilla, en la posición cossiana hay un rescate de ese excedente del fenómeno del caso, que no es jurídico para el austriaco y, por el contrario, para el argentino es la *llave de bóveda* de ingreso a un escenario infinito de la creación judicial.

Para hacer más tangible a la realidad jurídica, de quienes trabajamos en la profesión y de quienes se preparan para hacerlo, aquella conducta mencionada es el sustrato del caso, es decir, “nuestro expediente”. La norma es uno de sus posibles sentidos, cuyas diferencias dependerán del arte de quien asuma el caso.

“La norma no aparece como el elemento fundante, según cree Kelsen, sino como un elemento fundado, pues si bien sin la norma no puedo saber si este acto es prestación y no entuerto o facultad o sanción, en cambio, sé muy bien sin ella que, en cuanto conducta en interferencia intersubjetiva, alguna de esas cuatro cosas debe ser por mucho que no pueda determinar cuál. O para decirlo más brevemente, por remisión al axioma de la conducta humana en interferencia intersubjetiva, para saber apodícticamente que sobre ella procede el juicio de licitud o ilicitud” ⁽¹¹⁾.

El sentido, en su aplicación, requiere de una vivencia del sujeto que conoce el caso y, de este modo, se abre al escenario que vengo anunciando: el fenómeno jurídico y la virtualidad de la mirada egológica. Porque frente al caso existe aquello no previsto y no nombrado por la norma jurídica, en tanto que cada caso tiene sus diferentes matices.

IV. CONCLUSIONES: LA VIRTUALIDAD EGOLÓGICA

En tiempos de fuerte crítica sobre la actuación del aparato judicial, en especial sobre la realidad desde disparadores que alertan sobre los procesos de nulificación de los/as otros, la necesidad de “visibilizar” o “empoderar” ⁽¹²⁾, se actualizan los postulados egológicos como un herramienta latinoamericano de pensamiento y de acción.

Cossio no se cansa de reconocerle a Kelsen el valor de la norma como sentido objetivado a dar al caso, pero difiere, en parte, porque el mismo se plasma una vez que el sujeto/a cognoscente ha vivenciado el caso. Ello implica necesariamente la aplicación de valores y coloca toda la atención en quien conoce el caso.

(11) *ibíd.*, p. 115.

(12) Expresión vinculada a la perspectiva de género, que conceptualmente puede extenderse su uso.

La referencia de Cossio al juez, debemos recordar que en su teoría se trata del “canon del sujeto cognoscente”; “el jurista emite todas sus opiniones colocándose idealmente en el lugar que el juez ocupa en la experiencia jurídica y expresando con ellas lo que él haría si fuera juez” ⁽¹³⁾.

Por otro lado, Argentina y el mundo es, día a día, espacio de personas que reclaman sobre cómo deciden los/las operadores judiciales. Nada escapa a la lupa popular.

Así, es de destacar el fenómeno desatado en torno al juicio por el homicidio de la activista por los derechos del colectivo LGBTI, Diana Sacayán ⁽¹⁴⁾. El desarrollo del juicio fue organizado de modo tal de asegurar la presencia de todos/as los/las interesados/das que asistieron a todas las audiencias. Durante toda la jornada, en la Plaza de Tribunales, frente al llamado “Palacio de Justicia” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se oyó el constante reclamo de “Justicia por Diana”.

El fallo estableció la pena a perpetua del único detenido, aspecto que podríamos entender como justo. Sin embargo, los allegados y los activistas por los derechos de las personas del colectivo mencionado destacan dos aspectos más. El primero es que los jueces, al analizar el contexto del caso y los hechos, reconocieron que, desde un comienzo, el homicidio había estado motivado por su condición de mujer trans y por su calidad de luchadora por los derechos, fundando así las agravantes de odio a la identidad de género y violencia de género. Pero más aún, los allegados y activistas festejaban el empleo por parte de los magistrados del término travesticidio.

Ello pone sobre nuestro espacio de debate y de investigación, la evidencia de que el derecho es algo más que esa norma jurídica establecida por Kelsen y que esos otros espacios, ese excedente de la norma, es vida humana viviente, son personas reclamando no solo por una decisión condenatoria, sino por el cómo se tiene que cumplir esa decisión.

La razón es determinante: tiene efectos en la situacionalidad de las personas, en el estatus social y los roles que la sociedad otorga para aquellas personalidades. Es ese estar en el mundo, por ejemplo, en el caso mencionado, de quienes reclamaban la mención del travesticidio.

Rita Segato, al respecto, señala:

“Podría simplemente decirse que se trata de los nombres de un mundo mejor, y de la eficacia simbólica de esos nombres. Las denuncias y las aspiraciones que el discurso legal publica hacen posible que las personas

(13) KELSEN, H., y COSSIO, C., Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, Teoría Ecológica (...), op. cit., p. 29.

(14) Disponible en <http://agenciapresentes.org/2018/06/18/travesticidio-dianasacayan-perpetua-por-crimen-de-odio-al-acusado>.

identifiquen sus problemas y sus aspiraciones. Al reflejarse en el espejo del discurso del derecho, pueden reconocerse y, reconociéndose, acceder a la comprensión precisa de sus insatisfacciones y de sus pleitos. Desde la perspectiva de los minorizados, *el discurso del derecho, siempre entendido como un efectivo sistema de nombres en permanente expansión, tiene el poder de agitación, el carácter de propaganda, aun apuntando en la dirección de lo que todavía no existe, que no es aún posible adquirir en la vida social*. Con esto también se derrumba la visión burocrática y conformista según la cual la ley solo puede poner límites a las prácticas discriminatorias, pero no a las convicciones profundas o a los perjuicios”⁽¹⁵⁾.

La interferencia intersubjetiva de conductas, como fenómeno definitorio del derecho, nos coloca ante un campo nuevo para pensar y hacer nuestra intervención como juristas adecuados a estos tiempos. De la mano de la gnoseología del error o ideología, se deja la falsa conciencia que nos aleja de la verdad del caso, presente en el excedente no abarcado por las normas jurídicas, y habilita a la particular e infinita definición de quien resuelva esa controversia judicial.

(15) SEGATO, R. L., Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, 2a edición, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010, p. 125. El destacado en cursivas no pertenece al original.

EDUCACIÓN EN CONTEXTO DE ENCIERRO DESDE UNA MIRADA EGOLÓGICA

Por Solange Marcela Carballes ()*

El presente trabajo aborda la correlación entre los tres sucesos trascendentales del año 1949 en la República Argentina —Primer Congreso Nacional de Filosofía, debate Cossio-Kelsen y la Reforma de la Constitución Nacional— y su clara incidencia en un proceso político que tiene como eje central la “justicia social”. El empoderamiento popular de las grandes mayorías, relegadas a lo largo de la historia por el individualismo de las élites dueñas de las riquezas del país, rompe con la dependencia económica, social y cultural, marcando un cambio de rumbo que no tendrá retorno, a pesar de que en periodos posteriores irrumpieron en el poder, a través de golpes de Estado y gobiernos *de facto*.

Siguiendo el mismo marco conceptual de justicia social, se garantiza el acceso a la educación de todos/as los/as/ argentinos/as, inclusive en las cárceles.

Este contexto permitió, además, que se lleve a cabo el debate Cossio-Kelsen en la Universidad de Buenos Aires, con miras a una nueva cultura jurídica argentina, con perspectiva latinoamericana.

I. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los países de América Latina, las cárceles tienen como función esencial la transformación del comportamiento del individuo a través de métodos correctivos, para que este comprenda la norma y como resultado, coexista respetando el contrato social. Para ello, el régimen de privación de la libertad debe ser controlado y estar a cargo de personal especializado, con su finalidad resocializadora. Es por ello que necesariamente

(*) Profesora de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. La presente contribución se corresponde con la conferencia pronunciada en ocasión del Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “El debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, 70 años después”, realizado en la Universidad de La Habana (Cuba) los días 7 y 8 de octubre de 2019.

nace el derecho penitenciario, dirigido a la ejecución de la pena, como elemento normativo puro.

Dada la dialéctica que debe existir entre la norma y la conducta —la conducta y la norma— para Cossio la norma jurídica es solo *un elemento*, pero *no es todo el derecho* sino parte de este. Por ello, la definición del derecho como “conducta en interferencia intersubjetiva” repara en el *otro* y supera el concepto de derecho como norma. No basta solo con tener una buena Ley penitenciaria, sino comprender el actuar del sujeto que decide e interfiere en la vida coexistencial.

En el caso de la Argentina, la ejecución de la pena privativa de la libertad se basa en un régimen progresivo, de avances y retrocesos, premios y castigos ⁽¹⁾.

A partir del año 1946, durante el gobierno de Juan Domingo Perón, comenzó una reforma profunda en las cárceles, a través de una política criminal que atendiera el concepto ya mencionado desde lo filosófico, es decir, la preeminencia del sujeto. Ejemplo de ello es el nombramiento en el año 1947, como director nacional de Institutos Penales, encargado de controlar la seguridad de las cárceles, a Roberto Pettinato, reconocido penitenciarista a nivel nacional e internacional, quien dispuso eliminar los grilletes y erradicar el uso del uniforme a rayas que vestían las personas privadas de su libertad hasta ese momento. También ordenó clausurar el penal de máxima seguridad de Ushuaia, por razones humanitarias.

A raíz de su gestión, se promovieron políticas que introdujeron el principio de reinserción social, iniciando programas de capacitación laboral y *educación primaria, con el mismo programa educativo que en el medio libre, como objetivo básico en las cárceles argentinas*.

El paradigma discursivo —en ese sentido— era que cuantos más centros o predios deportivos hubiera en la Argentina, menos cárceles se tendrían que construir.

Y ello no es anecdótico o casual, pues dichas afirmaciones responden a un contexto social y político definido. Es absolutamente necesario ingresar al sustrato político dominante en la época, ya que sería una falacia hablar de derecho de un modo aséptico, como si el derecho no guardara íntima relación con las políticas de Estado, que dependerán del proyecto de país que lleve adelante el gobierno de turno, ya sea que haya llegado al poder de forma legítima o no.

(1) Según uno de los principios rectores que gobierna la esfera de la ejecución de la pena privativa de la libertad, de conformidad con la ley nacional 24.660 (Ejecución de la pena privativa de la libertad).

Desde el año 1946, en la República Argentina comenzó un movimiento social, cultural y político, que llegaba para mejorar la calidad de vida de millones de argentinos y argentinas, reconociendo derechos, reivindicando a los más humildes de la patria, aquellos que habían sido relegados por años, dejando como resultado inmensas diferencias socioeconómicas. Por supuesto, esto despertó el odio de la llamada oligarquía nacional, aquellos terratenientes y empresarios contra cuyas acaudaladas fortunas —multiplicadas de generación en generación— nadie se había atrevido a ir que hasta ese momento.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 1949. CONTEXTO POLÍTICO Y DEBATE COSSIO-KELSEN

El debate Cossio-Kelsen se dio en un contexto político que propiciaba y nos permitía reflexionar sobre una nueva y necesaria cultura jurídica.

Meses antes, en marzo del año 1949, en la República Argentina se organizó el Primer Congreso Nacional de Filosofía, en la ciudad de Mendoza, que tuvo características mundiales, que versaba sobre la persona, la educación y la convivencia, bajo un prisma latinoamericano planteado por Carlos Cossio.

Al finalizar su discurso en el acto de clausura del Primer Congreso Nacional de Filosofía celebrado en la Universidad Nacional de Cuyo, Perón afirmó:

“Nuestra comunidad tenderá a ser de hombres y no de bestias. Nuestra disciplina tiende a ser conocimiento, busca ser cultura. Nuestra libertad, coexistencia de las libertades que procede de una ética para la que el bien general se halla siempre vivo, presente, indeclinable. El progreso social no debe mendigar ni asesinar, sino realizarse por la conciencia plena de su inexorabilidad. La náusea está desterrada de este mundo, que podrá parecer ideal, pero que es en nosotros un convencimiento de cosa realizable. Esta comunidad que persigue fines espirituales y materiales, que tiende a superarse, que anhela mejorar y ser más justa, más buena y más feliz, en la que el individuo puede realizarse y realizarla simultáneamente, dará al hombre futuro la bienvenida desde su alta torre” (2).

Perón marca los fines que debe perseguir la sociedad argentina, basados en la justicia, la superación, la bondad y la felicidad, y son el horizonte que también tendrá en miras Pettinato para introducir los cambios en materia penitenciaria.

(2) PERÓN, J. D., “La comunidad organizada”, Cuadernos del Instituto Nacional Juan Domingo Perón, Buenos Aires, 1999, p. 46.

Previo a esta época, solo existía una suerte de indiferencia o marginalidad a la hora de abordar la problemática de los hombres que delinquen, sustrayéndola del comentario público.

De esta forma, es notable la ruptura con el pasado y cómo trae a la luz un problema social que había sido ocultado: el delito. Es entonces cuando se crea una nueva concepción de la prisión, con una visión más humana y democrática. Por esto, Pettinato afirma:

“Dos siglos han pasado desde que la prisión se ha transformado en una pena y las concepciones modernas han dejado de atribuir a la privación de la libertad esa única función de ejemplaridad que en otras épocas se aplicaba a la pena. Hoy se otorga a la sanción penal una finalidad de restauración social. La prisión ha dejado de ser un fin para convertirse en un medio”⁽³⁾.

Siguiendo este eje de pensamiento es que se comienza a ver con mayor claridad que la persona que comete un delito, no actúa principalmente guiada por una maldad natural, sino que el delito se torna el resultado casi inevitable de diferentes dificultades sociales, dejando de ser considerada un monstruo, sino como una persona de carne y hueso; en consecuencia, la prisión un lugar donde se le van a brindar las herramientas para que pueda encauzar nuevamente su vida, lejos del delito.

Este cambio de paradigma de la doctrina penitenciaria se basa en la preocupación que ya manifestaba el general José de San Martín por la cuestión penal, con cimiento en la comprensión hacia el camino de la auténtica bondad, y que continuaba sus pasos, en aquella época, los cambios establecidos por la idea central de justicia social. Por ello, Pettinato en uno de sus discursos señala:

“Palabras generosas que traducen un claro concepto de política carcelaria humanizada. Palabras generosas que provenían de aquel grande hombre que sabía descender y acercarse, limpia el alma y clara la mirada, a quienes todo lo esperan y nada osan pedir. Su bondad infinita y fraternal, llegó al rincón donde otros hombres purgaban el olvido de su hombría entre muros oscuros, sordos a su dolor y a su arrepentimiento. Su mano trazó las palabras que sabía a perdón, a apoyo moral, a fuerza varonil. Sencillas y claras no daban margen a otra interpretación. Trasuntaban preocupación de humanista por problemas que, aunque ajenos a su diario trajín, hacían la unión de todos los hombres que el mismo cielo cobijaba”⁽⁴⁾.

(3) PETTINATO, R., *La educación y la alfabetización obligatoria en los institutos penitenciarios*, Buenos Aires, Dirección General de Institutos Penales, 1954, p. 5.

(4) PETTINATO, R., *Revista Penal y Penitenciaria*, Año XV, nos. 55/58, Buenos Aires, Dirección General de Institutos Penales, 1950, p. 4.

En ese mismo año se llevaba a cabo una profunda reforma constitucional. Reforma que inquietaba a los grupos concentrados de poder, que habitan en el norte del continente.

La Convención Constituyente del año 1949 estaba incluida en la corriente del constitucionalismo social, que incorporaba los derechos de los trabajadores, derechos de la familia, de la ancianidad, la protección estatal para la ciencia y el arte, la función social de la propiedad, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, la autonomía universitaria y el 22 de noviembre de ese año, se proclama la *gratuidad universitaria*.

Estos tres eventos son, en suma, el fiel reflejo de las políticas del gobierno peronista, basadas en la justicia social; aquella que es pensada no en una simple enunciación en la Ley Cívica, sino que posibilita el acceso a los derechos fundamentales básicos que hacen a la dignidad de la persona, entendido como la posibilidad real de acceder a estos derechos, poniendo el foco en las grandes mayorías relegadas y reducidas a una categoría por fuera de toda posibilidad de realización al proyecto de vida de cada sujeto de carne y hueso en su coexistencialidad.

Estas políticas cimentadas en la justicia social fueron posibles hasta el año 1955, cuando irrumpe a la democracia el golpe de Estado. El término que acuñaron para autodenominarse fue “Revolución Libertadora”, con una carta de presentación sangrienta, “el bombardeo y ametrallamiento aéreo a la Plaza de Mayo”, a plena luz del día, cobrándose la vida de más de 300 civiles inocentes que circulaban por ahí y dejando un centenar de heridos. De esta manera, comenzaba, y vamos a llamarla por su verdadero nombre, la “Revolución fusiladora”.

Un golpe de Estado cívico militar y eclesiástico, digo, cívico elitista, la clase que odiaba a Perón, la llamada oligarquía, porque el pueblo argentino se enrolaba en el emblema “la vida por Perón”, al que años más tarde tuvieron que proscribirlo, borrarlo de la escena política, sabían bien que, si se presentaba a elecciones, las urnas estallarían. Y también eclesiástica, parte del clero, no todo por supuesto, ya que es insoslayable que, sin el apoyo de estos dos pilares fundamentales, no se hubiese llevado adelante el golpe de Estado.

Un año más tarde, la “Revolución fusiladora”, como era de esperarse, derogó la Constitución de 1949, mientras disponía la subordinación del país al Fondo Monetario Internacional y tomando deuda con el Club de París. Es recién a partir del año 2003, con el gobierno de Néstor Kirchner, continuado por el de Cristina Fernández de Kirchner hasta el año 2015 que se llevó a cabo un proceso de desendeudamiento casi total de esa deuda externa.

III. LA TEORÍA EGOLÓGICA EXPULSADA DE LA ACADEMIA

Ya con el gobierno *de facto* en el poder, con la misma suerte corrió el Dr. Carlos Cossio, que se vio privado de su cátedra “Filosofía del Derecho”, que tenía a su cargo en la Universidad de Buenos Aires desde el año 1947.

En tal sentido, Eduardo Méndez, conocedor y actual impulsor de la teoría egológica del derecho lo evidencia cuando señala:

“En ese año, 1956, por resolución del Interventor de la Facultad de Derecho, Profesor José Luis Romero, a propuesta del Lugarteniente de la facultad, Dr. Alberto Padilla se dieron por terminado los servicios del Dr. Carlos Cossio. El 10 de septiembre, por resolución nro. 448/56 del Decano Interventor de la Facultad, Dr. Luis Baudizzzone, este hace lugar a la impugnación política articulada contra Cossio por las agrupaciones políticas seguidoras de la ‘Libertadora’, y deniegan la solicitud de inscripción que Cossio había presentado en tiempo y forma. Así, lo eliminan de la lista de aspirantes para concursar” ⁽⁵⁾.

En ese mismo orden de ideas, Méndez continúa diciendo:

“Entre los argumentos que utilizaron sus perseguidores, le endilgaron haber contestado la encuesta sobre la Reforma Constitucional de 1949. En esa ocasión, se refirió a fortalecer una economía planeada con subsistencia de derechos individuales y atender las necesidades vitales de la población, a la par que proponía una novedosa división del Parlamento que ejercería un control político y técnico designados por los Partidos para la función legislativa” ⁽⁶⁾.

Así las cosas, ¿cómo Cossio no iba a molestar en la Facultad de Derecho?, en la Facultad donde se forman a los profesionales que van a ocupar puestos en el Poder Judicial, en el Congreso de la Nación, en toda la Administración Pública, los que van a crear las normas y los que van a aplicarlas.

No condecía con el conservadurismo impuesto, la formación de juristas pensantes, críticos de la teoría kelseniana, según la cual reduce a la “persona”, desde un punto de vista formalista, riguroso y ortodoxo, en “un centro de imputación de normas”, sin mirar lo humano, ni lo sentimental. Una verdadera ficción.

Cossio proponía un nuevo universo jurídico, apartado del “reduccionismo epistemológico” que planteaba Kelsen, en donde el derecho es norma jurídica, solo abarcado por la lógica, abstrayendo al sujeto de la experiencia.

(5) MÉNDEZ, E. H., Fenomenología existencial del derecho, edición de la UNLa, p. 14.

(6) *ibíd.*

El maestro tucumano era un fenomenólogo existencial, en el que cobran verdadera importancia los datos de la experiencia jurídica, la axiología, y la vinculación entre la política y el derecho.

La creación de una nueva cultura jurídica produce un cambio sustancial, poniendo de manifiesto el vacío ontológico de las doctrinas formalistas e invitándonos a pensar el conocimiento de lo humano, de las conductas humanas en constante cambio.

Reitero, ¿cómo Cossio no iba a molestar en la Facultad de Derecho?, donde el positivismo había logrado hegemonizar la educación universitaria y el poder judicial, pensando al derecho como un orden coactivo y sancionatorio. En cambio, Cossio entiende que en el orden jurídico también se establecen derechos, en consonancia con la reforma constitucional, que no es una mera recopilación de normas, sino un punto de partida a una nueva y necesaria cultura jurídica, para alcanzar la justicia social, a través del reconocimiento y ampliación de derechos, acotando las desigualdades sociales.

Cossio propone pensar el derecho como “conducta humana en interferencia intersubjetiva”, siendo una armónica interpretación del ser humano de carne y hueso, aquel que lleva consigo una connotación emocional, cultural y política.

La teoría egológica marca, de este modo, una nueva hermenéutica que recepta los datos de la experiencia, que inexorablemente incorpora la axiología, la filosofía y la política, circunstanciado por el contexto histórico con perspectiva de un modelo de país que dignifica, y que, por sobre todo, transforma.

IV. LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES LLEGA A LA CÁRCEL. PROGRAMA UBA XXII

A poco tiempo de restablecerse la democracia en la República Argentina, en el año 1984, a propuesta del decano normalizador, la Universidad de Buenos Aires, a cargo del rector Dr. Francisco Delich, designa como profesor emérito al Dr. Carlos Cossio mediante resolución 275.

En este contexto, en el año 1985 se genera una iniciativa por parte de las personas privadas de su libertad en razón de la *necesidad* de poder continuar formándose, ahora con estudios universitarios, siendo este Rector normalizador —Dr. Delich— quien ha dado respuesta a dicha preocupación. Es así que en ese mismo año surgió un proyecto entre el Ministerio de Justicia de la Nación y la Universidad de Buenos Aires. La nueva atmósfera democrática hace posible el encuentro entre instituciones tan disímiles como la UBA y el Servicio Penitenciario Federal, esta última es una institución creada para la custodia y el tratamiento de los detenidos —según su propia Ley

Orgánica—, que en el periodo de 1976-1983, última dictadura cívico-militar, se había convertido en un organismo ejecutor de represión.

A partir de pensar la universidad en la cárcel, es que se permite que la persona privada de su libertad pueda hacer algo distinto de lo que las teorías positivistas sostienen que “debe ser”, por estar sujeto causalmente a determinados factores criminológicos. La criminalidad no tiene nada de objetivo y natural, sino que es cómo se caracteriza al sujeto, definiéndolo y, por lo tanto, cómo será tratado.

La universidad no llega a la cárcel con una mirada piadosa o asistencialista, sino profundamente política, una institución cuya responsabilidad social y su razón de ser es generar, promover y garantizar la libertad de pensamiento. Es entonces un espacio de creación y sostenimiento de ejercicio de derechos; rompiendo el aislamiento que deja como resultado un daño irreparable en la vida de las personas.

En cambio, una institución militarizada como el Servicio Penitenciario Federal se democratiza cuando posibilita que el detenido se convierta en alumno, superando de este modo obstáculos estructurales y epistemológicos, toda vez que aumentan los derechos y los lugares donde se ejercen.

El inicio del proyecto reconocido como “Universidad en la cárcel” —esa fue su primera denominación—, luego bautizado como “Programa UBA XXII” —su actual nombre—, finalmente abre sus puertas al Centro Universitario Devoto ⁽⁷⁾, primero en el mundo ⁽⁸⁾, donde se dictan clases presenciales de las diferentes cátedras que conforman las currículas académicas, generando un contacto directo con docentes, alumnos del medio libre, además de talleres extracurriculares, de formación profesional, jornadas y actividades equiparables a las realizadas en la propia universidad. Actualmente se dictan seis carreras de grado dependientes de la UBA —Sociología, Abogacía, Filosofía, Letras, Ciencias Económicas y Psicología—.

A principios de los años noventa se registró en esta cárcel el último motín, que hasta ese entonces era la única forma de reclamo conocida por parte de las personas privadas de su libertad hacia las autoridades ⁽⁹⁾. Este tipo de manifestaciones dejaba como saldo muertes y heridos, tanto en detenidos como en personal penitenciario.

(7) Al Centro Universitario Devoto se lo simplifica con las siglas CUD. Dicho espacio está ubicado dentro del establecimiento penitenciario de la ex Unidad Penitenciaria Federal nro. 2 —Cárcel de Villa Devoto—, hoy reconocida como el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(8) La Argentina es el país pionero que inaugura la introducción de la universidad en los establecimientos penitenciarios.

(9) Primer momento, que valoramos como dato de la experiencia que nos permite demostrar lo que pretendemos en el presente trabajo.

Posteriormente, a través del conocimiento adquirido mediante la educación, estos mismos sujetos canalizaron sus reclamos por medio de la vía del hábeas corpus correctivo (HC) ⁽¹⁰⁾, con motivo de agravamientos en sus condiciones de detención (11). Al continuar la desidia del poder judicial en su respuesta para visibilizar ante la sociedad los reclamos, además del HC, se propusieron hacer “batucadas” ⁽¹²⁾, a efectos de que concurrieran y se hicieran eco de la noticia los medios de comunicación.

A estos *sujetos de carne y hueso, pensantes, actuantes*, que deciden y que interfieren en la vida coexistencial, los encaminó a determinar un nuevo modo de reclamo, con formas trascendentalmente más prácticas de las que se venían llevando a cabo.

La nota distintiva en estos tres procesos —motín, hábeas corpus, batucadas— es que frente a un mismo reclamo —política de mano dura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, aumento del poder punitivo—, existe un cambio cualitativo y, por tanto, cuantitativo en sus resultados: en los motines existía un alto saldo de muertes y heridos, la vía de hábeas corpus correctivo sin bien servía como dique de contención de hostilidad, no lograba el efecto de ser oído por los jueces; en cambio, las batucadas propiciaron hacer de los reclamos un método donde obligadamente tiene que actuar la justicia.

En esta línea, con datos de la experiencia en la vida coexistencial, donde interfieren las subjetividades, en el año 2007, se redactó un proyecto de ley denominado “Estímulo educativo”, impulsado por los alumnos privados de su libertad del CUD, los cuales ya habiendo accedido a la educación, *piensan e interfieren* en los que todavía no tuvieron acceso a ella, logrando despojarse de la individualidad y ver al “otro” como parte de un colectivo, entendiendo este fenómeno como “conducta humana en interferencia intersubjetiva”. Dicho proyecto se incorporó al plexo normativo en el año 2011 ⁽¹³⁾.

Como afirmaba Cossio, la educación universitaria es y debe ser un espacio de lucha cultural, todo profesional de las ciencias sociales debe cumplir una función social, siendo este el camino que debe transitar el operador jurídico, *consustanciado* con su entorno. El CUD es un claro ejemplo de cómo dar la “batalla cultural”.

(10) Segundo momento, reclamos colectivos canalizados por vía judicial.

(11) Método que denotó el insoslayable consecuente de evitar los saldos de muertes y heridos en los contextos de manifestaciones de motines.

(12) Tercer momento, de formas o modos de reclamos como medidas tendientes a ser oídos. Por “batucada”, en este contexto, ha de entenderse sonido de percusión que realizan las personas privadas de su libertad.

(13) Modificación al cap. VIII —Educación— de la ley 24.660.

Por otro lado, los detenidos forman el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria ⁽¹⁴⁾ (SUTPLA), espacio de lucha que tiene como finalidad principal la *igualación* de sus derechos laborales a los trabajadores del medio libre: sueldo mínimo vital y móvil, jornada limitada de trabajo, representación sindical, etcétera.

Surge claramente un cambio cultural significativo en materia de trabajo en contexto de encierro, donde los trabajadores logran una gran victoria social: reconocerse y ser reconocidos como tales. Un claro ejemplo de ello es que, históricamente, el salario que percibían los trabajadores en las cárceles argentinas se denominaba “peculio”; este término se utiliza desde antaño como “dádiva que le daba el amo al esclavo”. A raíz de la creación del SUTPLA, se comienza a llamar “salario”.

Como consecuencia de la formación educativa, que se torna trascendental en la vida de toda persona, los profesionales egresados, o aquellos que no han finalizado una carrera universitaria en contexto de encierro, no vuelven a cometer delito, ya que los índices de reincidencia son muy bajos, dato objetivo que surge de las estadísticas ⁽¹⁵⁾. Es así como podemos arribar a la conclusión de que el “Programa UBA XXII” es exitoso en términos de reinserción social, o bajo el prisma de la teoría egológica: cambio de realidad existencial.

Debo resaltar que, a partir del año 2006, llega la asignatura de la Teoría Egológica, a cargo de Eduardo Héctor Méndez, al Centro Universitario de la Cárcel de Devoto, contribuyendo a un cambio de perspectiva del derecho, apropiándose de la realidad y, por lo tanto, a involucrarnos con acciones, comportamientos y pensamientos en las actividades cotidianas. Porque para Cossio el derecho es vida, es existencia y allí estamos todos.

V. CONCLUSIONES

La Universidad pudo involucrarse dentro de los establecimientos carcelarios a través del “Programa UBA XXII”, mediante el cual al sujeto detenido se lo incluyó dentro de este ámbito académico, no en un marco teórico de igualdad, sino de *igualación*. En este contexto es que se resalta el acierto de lo proclamado por el Dr. Carlos Cossio, donde receptando los datos de la realidad, de acuerdo con la necesidad social, se producen trascendentes cambios que se reflejan en la participación de estos individuos como sujetos actuantes, pensantes, que sienten y deciden, mostrando que aún siguen siendo parte integrante del seno social.

(14) Espacio pionero dentro de los establecimientos penitenciarios, iniciado en el Centro Universitario Devoto en el año 2012.

(15) Disponible en <http://www.uba.ar/noticiasuba/nota.php?id=14390>.

Durante el peronismo se da una coyuntura política que contribuye con la propuesta de la Nueva Escuela Jurídica Argentina, que proclamaba la teoría egológica, poniendo mayor énfasis en la realidad existencial del individuo, receptando los datos de la experiencia, implementando el método dialéctico entre la norma y la conducta —la conducta y la norma—.

En ese sentido, si bien parece no existir una vinculación entre el debate Cossio-Kelsen y las reformas ya explicitadas en el Servicio Penitenciario Federal, que se dio dentro del marco de una política criminal más humanista, es preciso señalar que dicho debate en la Universidad de Buenos Aires fue un evento más, que amplió el espacio filosófico-jurídico-cultural de la época. El Congreso Nacional de Filosofía, la reforma constitucional y el debate en la UBA significaron el anuncio de los cambios societarios que, así como se dio en el ámbito penitenciario, se vislumbró asimismo en el plano social, económico y cultural. Luego nada sería igual y el debate que versó sobre qué es el derecho abarcó todos los niveles comunitarios. Era un nuevo pensamiento, no conceptual, no exclusivamente lógico, sino con toda la presencia de lo humano, de lo trascendental, de una subjetividad disidente que se tradujo en una intersubjetividad de lucha por los derechos.

La teoría egológica nos propuso un cambio cultural que incluye a la axiología, la experiencia y la política, esta mirada emancipadora del derecho trajo como consecuencia la proscripción de Cossio en la Facultad, ya que no respondía a los intereses de los grupos de poder hegemónicos. Esta es una de las problemáticas de la enseñanza, no apunta a la formación de un operador jurídico consustanciado con su realidad, impidiendo el contacto con la experiencia.

Como solución a este obstáculo jurídico en la formación profesional, es-timo conveniente seguir propagando una nueva cultura jurídica. Debemos continuar dando lucha al avance constante del poder dominante que adormece al sujeto pensante, reduciendo al derecho a norma jurídica.

CAPÍTULO TERCERO

UNA ANTOLOGÍA PARA REPENSAR LAS

TEORÍAS PURA Y EGOLÓGICA

DEL DERECHO

¿CÓMO VE KELSEN A LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO? (*)

*Por Carlos Cossio (**)*

I. VÍSPERAS PROMISORIAS

La pregunta que sirve de título a estas líneas ha ido ganando prestigio, de unos años a esta parte, en todos los ámbitos estudiosos del continente Latino-americano; y ahora, más allá del océano, ha sido formulada en lugares de gran resonancia en Portugal, España, Italia, Austria, Alemania, Bélgica, Suecia y, naturalmente, también en los Estados Unidos. Se ha transformado, pues, en un problema que nos concierne directamente. Sin embargo, ello ha sido así, no como el paisaje que insensiblemente va ganando su colorido con la luz del amanecer, sino, al revés, como esas nieblas montaÑeras que lentamente avanzan por las quebradas su bocanada de humo, tapando a manchones aquí un seto, allá una granja, más allá una serranía, pero dejando más vívida, acaso por el contraste de la exclusividad, la voz grave del arroyo que, como el alma del momento matinal, sigue modulando su mensaje para las almas que lo saben escuchar.

Vale la pena, pues, recordar la trayectoria de este drama espiritual argentino de alcance internacional, el que, en su maduración ambigua, es, hoy por hoy, una expectativa americana e hispánica, cuya dilucidación acaso se produzca con la próxima visita de Kelsen a nuestro país, anunciada para mediados del año venidero.

Indudablemente el origen de la cuestión debe colocarse en el hecho de que Kelsen no posee el idioma castellano. Aunque mi correspondencia epistolar con él me viene en inglés y le llega en castellano, no es lo mismo recibir una carta en un idioma desconocido (pues para una carta siempre existe la posibilidad de una traducción por parte de algún secretario), que tener que apechugar con obras extensas donde a la labor de meditación debe acompañar una exacta captación de los matices del pensamiento que se estudia.

(*) Nota de los compiladores: en el presente capítulo, dada su naturaleza antológica, se ha respetado el estilo y los sistemas de citación seguidos por los autores en las publicaciones originarias.

(**) Publicado en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 52, Buenos Aires, 1948, ps. 1075-108.

Partamos, pues, de la base cierta que a Kelsen le era desconocida la Teoría egológica a pesar de haber recibido desde 1936, con “El Concepto puro de Revolución”, todas las publicaciones atinentes a ella.

El primer episodio se produce en 1941, con motivo del Prólogo que yo puse a la traducción de “La Teoría pura del Derecho”, editada por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. En ese Prólogo ya se cataloga, sin ninguna clase de ambigüedad, a la Teoría pura como mera Lógica jurídica formal, mediando la circunstancia que ese Prólogo fue hecho conocer previamente a Kelsen y que el maestro vienés, por carta, según se hace constar en la citada edición del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, se expresó como sigue: “Sin reservas doy mi consentimiento para la publicación del prefacio cuyo texto usted se ha servido remitirme. Lo encuentro excelente y le agradezco mucho este servicio. No tengo nada que agregarle”. Esta situación quedó mucho más definida todavía en el mismo año 1941, a raíz del artículo “Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea”, que publiqué en el diario “La Nación”, de Buenos Aires, el 12 de octubre de ese año, celebrando el 60 aniversario del gran maestro. Kelsen me agradeció la publicación por carta, que reprodujo “La Nación” del 29 de noviembre del mismo año, donde la concordancia con la interpretación egológica a que se lo sometía resultaba muy acentuada.

Sin embargo, en el mismo año 1941, Kelsen, invitado por la Universidad de La Habana, visita la República de Cuba y allí el profesor Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro le plantea la cuestión de si la Teoría pura del Derecho era una Lógica jurídica formal, sirviéndose del amplio desarrollo que yo había efectuado ese mismo año en el capítulo segundo de mi libro “La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho”, así como también en mi recordado artículo de “La Nación”. La opinión de Bustamante y Montoro, favorable a la interpretación egológica ⁽¹⁾, causó a Kelsen alarma y provocó discrepancias que, con todo, no terminaron por puntualizarse con absoluta claridad, según me lo hizo saber el profesor cubano por carta del 28 de noviembre de ese año. Solo resultaba indubitable que el maestro vienés rechazaba la posibilidad de una Lógica jurídica autónoma, recordando que él, en su juventud, había hablado también de una Lógica jurídica, pero que ahora le parecía que la Lógica era una y la misma en todas las ciencias.

En 1944 y 1945 aparecen, respectivamente, “La Teoría egológica del Derecho” y “El Derecho en el Derecho judicial”, con lo cual los lectores de habla española tienen ya en sus manos los fundamentos principales de la sistemática egológica. Sobre estas bases, dos nuevos episodios del mayor interés se producen en nuestro asunto:

(1) En 1947, en el volumen “Interpretations of Modern Legal Philosophies”, presentado por la Universidad de Harvard a Roscoe Pound, con motivo de su jubileo, Bustamante y Montoro, en su colaboración, reitera esta apreciación acerca de la teoría egológica.

En 1945, con motivo de la Conferencia celebrada en California por los países del continente, integrando la delegación de su patria, visita San Francisco el profesor colombiano Luis E. Nieto Arteta, quien, aprovechando algún día de descanso en las tareas diplomáticas, se entrevista con Kelsen para discutir la interpretación egológica de la Teoría pura del derecho. Nieto Arteta ha hecho una amplia exposición de esta entrevista en el nro. 3 de la *Revista Universidad Nacional de Colombia* (1945), con el título “Un diálogo con el profesor Kelsen sobre Lógica jurídica”; y allí la discrepancia del maestro austríaco se perfila con contornos definidos a pesar de los argumentos favorables que expone y sustenta el profesor colombiano.

Casi simultáneamente Josef L. Kunz, príncipe de los internacionalistas contemporáneos, discípulo y amigo de Kelsen, también radicado en los Estados Unidos, recibe de la Universidad de Harvard la comisión de preparar y dirigir un volumen sobre la Filosofía jurídica Latinoamericana, sobre la base de traducciones directas. Kunz cuenta a su favor con el perfecto conocimiento de nuestro idioma. Y con ese motivo entra en contacto con la Teoría egológica, a la que le dedica un estudio acabado en la *Revista de la Universidad de Chicago*, otro en el prefacio al referido volumen de la Universidad de Harvard y, por último, un capítulo de una obra dedicada al pensamiento jurídico latinoamericano, que pronto veremos traducida a nuestro idioma. Además, aprovechando una visita de Kelsen a New York en 1945, lo entrevista para hablarle de la interpretación reductiva a que lo somete la Teoría egológica, resultando otra vez que Kelsen, y también Kunz, se pronuncian en contra de esta interpretación ⁽²⁾.

A esta altura de los acontecimientos, parece estar decidido que Kelsen no encuentra compatible con su obra la interpretación que la Teoría egológica ha dado de la Teoría pura, así como también su distanciamiento de la Teoría egológica por considerarla que encamina la Dogmática hacia la sociología. En Kunz, sin duda, con su conocimiento de las fuentes la disidencia es así. Y en cuanto Kunz fuere intérprete de Kelsen, la opinión de Kelsen sería la misma.

Sin embargo, resulta que la cuestión, lejos de estar concluida, ha entrado con ello en un período de madurez que reclama otra especie de desenlace, como se verá. Hasta ahora Kelsen ha estado opinando sobre las versiones orales que le daban sus interlocutores, en requisitorias de breve duración. Pero entre tanto han llegado a Kelsen las primeras traducciones egológicas importantes: La “Fenomenología de la Sentencia” (Introducción de la “Teoría egológica del Derecho”), de la que se han hecho dos traducciones en los Estados Unidos, una por el profesor Tyler y otra, más ajustada, por el

(2) Conocí la entrevista de Kunz con Kelsen por carta de fecha 12 de enero de 1946 que el profesor Kunz tuvo la amabilidad de remitirme, según hice conocer en la nota 23 de mi trabajo “Norma, Derecho y Filosofía” (1946), publicado en *Rev. La Ley*, t. 43, p. 969.

profesor Ireland; y la traducción alemana de "Norma, Derecho y Filosofía", publicada en Viena en la revista que dirige Verdross. Además, la interpretación egológica ha adquirido una peculiar personería después del vuelco doctrinario de Werner Goldschmidt en el campo del Derecho Internacional Privado y de los estudios analíticos de Antonio José Brandão, de Lisboa (a mi juicio, el mejor comentario acerca de ella), de Alfonso Ibáñez de Aldecoa y José Castán Tobeñas, de Madrid, y de Miguel Reale, de São Paulo, para no mencionar las alusiones últimamente hechas por Loreto, en Caracas y por Olivecrona, en Estocolmo.

Es así que llegados al punto en que estábamos en nuestro asunto, se han producido dos episodios nuevos en la cuestión; los dos episodios sin duda de mayor relieve en esta larga serie oscilante y madurante, de la que he recordado solo los momentos más llamativos:

Uno de ellos es el viaje del profesor Ambrosio L. Gioja a los Estados Unidos, durante parte del año 1946 y todo el año 1947. Ningún heraldo mejor que el doctor Gioja podía haber ido a los Estados Unidos desde la República Argentina, en misión jusfilosófica. Gioja es, a mi juicio, la cabeza jusfilosófica más clara, más profunda y más formada que existe en nuestro país a la hora presente. Fue mi profesor suplente en mi cátedra de la Universidad de La Plata hasta el año de su viaje de estudios a la gran República anglosajona y es un consumado conocedor y expositor de las ideas egológicas. Y bien, pocos días ha, casi en vísperas de reembarcarse, después de haber visitado las cátedras de Kunz, Kaufmann, G. Husserl, Cairns, Ireland, Farber y otros ilustres maestros europeos y norteamericanos, llevándoles el mensaje egológico; y después de haber estado en los cursos de Kelsen durante el segundo semestre del año que corre, nos ha enviado, a sus amigos argentinos, un extenso memorial anticipando y condensando el resultado de sus diarias conversaciones con Kelsen acerca de la Teoría egológica, del problema de la Ciencia jurídica y de la interpretación egológica de la Teoría pura como mera Lógica jurídica formal. De este memorial resultaría una concordancia inequívoca y sin restricciones entre Kelsen y la Teoría egológica, sobre la base de la aceptación por parte de Kelsen de los planteamientos y fundamentos egológicos, así como un reconocimiento, también, del alcance de la Teoría pura *stricto sensu* como mera Lógica jurídica formal. El lector advertirá el tono del memorial del profesor Gioja, a través del siguiente párrafo, con que lo inicia: "Dr. Cossio: Nosotros nunca dudamos acerca del valor de su interpretación de la Teoría pura del Derecho como Lógica formal. Que esa interpretación nos era de tal evidencia, que no podíamos concebir cómo Kelsen pudiera llegar a decir algo en su contra. Y bien, la verdad es que Kelsen no solo no dice nada en contra, sino que afirma que dicha interpretación es la correcta". Y luego sigue con una exposición metódica que, esperamos, el autor la dará a publicidad dentro de poco.

El otro episodio a que más arriba me refería, se articula precisamente acá. Muy interesado por el detonante giro que tomaba la cuestión, puse, por carta, en conocimiento del profesor Kunz, en forma sumaria, las ideas del profesor Gioja, transcribiéndole también el párrafo que acá acabo de reproducir. Inmediatamente recibí respuesta de Kunz, comunicándome que en el día se dirigía a Kelsen, en su misión de intermediario y copartícipe del debate. Y ahora acabo de recibir carta de Kunz, después de la respuesta que él ha recibido de Kelsen en alemán que me la traduce y sobre lo que hablaré en el segundo capítulo de este trabajo. Lo cierto es que Kunz se mantiene en sus anteriores opiniones y, a pesar de la impresión que nos comunica el doctor Gioja, entiende que Kelsen también se mantiene en ellas. Yo discrepo con el profesor Kunz, acerca de lo que él me envía traducido en su carta; indudablemente él y yo leemos de diferente manera la misma cosa. El lector juzgará por su cuenta más adelante quien lee bien. No se me escapa el grado de “giojismo” que pueda haber en el memorial del profesor Gioja, siendo la suya una personalidad tan acentuada. Pero, de todas maneras, los tres problemas centrales que Kunz me pone sobre el tapete, tienen de por sí un perfil tan definido en las Teorías pura y egológica, que resulta fácil advertir cuál de ellas ha aprehendido su verdadero fundamento y cuál queda tributaria de cual a esos respectos.

Pero lo cierto es que, con esto, la pregunta que motiva este artículo ha alcanzado un grado de tensión tan cercano a su definición y un volumen tan relevante para el pensamiento argentino, que, se puede vaticinar, estamos en las vísperas promisoras de un acontecimiento intelectual de primer orden para los estudiosos del Derecho. Como en el juego de billar, la jugada se ha planteado con tres bolas sobre las que tiran respectivamente los profesores Kelsen, Kunz y Gioja. No sabemos qué combinación van a ofrecer ellas; pero, por ley de juego, una tiene que entrar en la tronera. Acaso la definición se preludie dentro de pocas semanas, cuando el doctor Gioja, de regreso, pise otra vez el suelo de nuestra querida ciudad. O acaso sea —y entonces con seguridad— durante el próximo invierno, cuando Kelsen, maestro de maestros, ocupe la cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires que, con beneplácito sin disidencias, le ha ofrecido su decano, doctor Carlos María Lascano, como parte de la obra de intercambio cultural fundamental que viene desarrollando.

II. RESPUESTA A KELSEN Y A KUNZ

Cuestión preliminar: La carta del profesor Kunz, a que me he referido, es de fecha 8 del corriente. Antes de entrar en materia, trae el siguiente párrafo, que tiene su grano de mostaza preliminar:

“Acabo de recibir la respuesta de Kelsen. Escribe que ha gozado de las conversaciones del doctor Gioja, quien le ha explicado su concepción de us-

ted sobre la teoría pura del Derecho y la suya (de Gioja) que no es absolutamente la misma. Gioja quería saber lo que Kelsen piensa sobre estas concepciones. Kelsen escribe que ha hecho algunas concesiones en puntos de menor importancia, pero que naturalmente mantiene su propia actitud; sin embargo, añade él, después de las explicaciones de Gioja, la teoría egológica no se distingue mucho de la teoría pura”.

En mi respuesta a Kunz, de fecha 16 del corriente, le digo que me sorprenden dos cosas de este párrafo:

1) No sé qué diferencias puede ver Kelsen entre las interpretaciones de Gioja y mía acerca de la Teoría pura del Derecho. Acá en Buenos Aires nunca las advertimos entre nosotros. Acaso sea una diferencia nacida en los Estados Unidos; no obstante, en el párrafo de la carta de Gioja que se ha transcrito en este artículo, se alude, al revés, a una identidad total de interpretación entre nosotros.

2) Cómo Kelsen puede creer —después de las explicaciones de Gioja— que la teoría egológica no se distingue mucho de la teoría pura.

Naturalmente que si la Teoría egológica, después de reducir la Teoría pura a simple Lógica jurídica formal, *la absorbe*, puede mantenerla intacta, como yo me he preocupado siempre de hacer resaltar. Y en este sentido, manteniéndonos en el plano lógico-formal, no es de extrañar que Kelsen no vea grandes diferencias entre una y otra. La mayor diferencia radica, acá, en la cuestión de si la norma jurídica es un juicio hipotético o disyuntivo; y nada más. Pero con esto se agota la Teoría pura, en tanto que la Lógica jurídica formal es apenas uno de los cinco temas en que incide la Teoría egológica. La Teoría egológica tiene todavía un 80 por ciento que desarrollar en lo que concierne a la ontología, la lógica trascendental, la axiología pura y la historicidad de la ciencia como gnoseología del error; temas que Kelsen no ha abordado temáticamente o que ha repudiado expresamente, como los referentes a la axiología pura.

Luego, el profesor Kunz, entrando en materia y advirtiéndome que traduce textualmente del alemán, de la carta de Kelsen, plantea los tres tópicos siguientes de esta manera:

Primera cuestión: “Gioja insistió en lo que toca al *derecho subjetivo*, es decir, que toda la conducta humana está jurídicamente regulada; pues, si la conducta no es condición de una sanción, debe ser considerada como jurídicamente lícita. Kelsen admitió que quizás no haya subrayado suficientemente este pensamiento, pero que está contenido en la Teoría pura. Kelsen enseña que no hay lagunas en el ordenamiento jurídico; pues es claro: si el sujeto jurídico no está obligado a una cierta conducta y si el órgano que aplica el Derecho lo constata, el orden jurídico se aplica también en tal caso. La tesis de que tal conducta es condición de una sanción implica naturalmente

que la conducta contraria es legítima, y esto quiere decir que está determinada, regulada también por el orden jurídico”.

Por mi parte, he respondido a este párrafo con las siguientes consideraciones:

En este asunto está de por medio un *principio primero* de la Ciencia jurídica, a saber: todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido. Como tal principio primero, Kelsen nunca lo ha tematizado y solo tardíamente lo ha enunciado con brevedad (en “Peace through Law”, 1943). Es cierto que él está implícito en la Teoría pura; y, como se dice en la carta, Kelsen llega a su enunciado mediante una *inferencia*. Sin embargo, una cosa es inferirlo y otra muy diversa es tematizarlo. Por eso Kelsen no explica en ninguna parte cuál es la razón suficiente de ese enunciado para valer de por sí con inmediata evidencia. Kelsen infiere el enunciado; pero no nos dice en qué consiste su fundamento, ni si él es fundado o fundante respecto de la normación de donde lo infiere (parecería que con error cree que es fundado), ni menos lo presenta como fundamento de la Ciencia jurídica.

En cambio, la Teoría egológica desde 1939 (ver: “La Plenitud del Ordenamiento jurídico”), lo ha tematizado sobre la libertad real del ser humano y ha mostrado que es un juicio sintético *a priori* en el sentido de Kant. La diferencia entre esto último y una inferencia es filosóficamente tan grande, que se hace ocioso todo comentario. Tanto valdría suprimir la Estética trascendental de la *Crítica de la Razón pura* y querer fundamentar la Geometría euclideana empíricamente por inducción. Como ya es bien conocido, la investigación egológica ha planteado este problema así: El principio de que “todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”, no significa meramente la disyunción lógicamente convertible de que todo lo que no es ilícito, es lícito (que sin alteración de sentido se puede convertir en su inversa: todo lo que no es lícito, es ilícito); sino que en forma inconvertible enuncia la libertad como el *prius* del Derecho. No se puede decir “todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido” porque sería enunciar una paralización imposible de la vida: si un pagaré me obliga a entregar una suma de dinero en un determinado día, habría de establecerse la hora y el minuto, si es en dinero o con cheque, el traje azul o gris que llevaría e incluso el gesto grave o sonriente con que haría el pago, para que la realidad, en su infinita determinación, pudiera estar bien enunciada de aquella manera. En cambio, obsérvese que basta pactar el pago de una suma de dinero en un determinado día, para que la realidad esté bien enunciada *sobre la base* de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, porque todavía soy libre de elegir la hora; y si esta también está pactada, todavía soy libre de elegir el traje que llevaré; y si este también está determinado, todavía soy libre acerca de mis gestos, etc. El objeto que mientan las normas, que es la conducta, resiste ónticamente de ser enunciado bajo la forma “todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido”. Es decir, que

de la mera correspondencia lógicamente convertible entre lícito e ilícito, no resulta que la libertad sea el *prius* (carácter sintético de la enunciación en su única forma correcta). Y este *prius* viene impuesto a-priori, necesariamente, por la pura intuición de la libertad de la conducta.

* * *

Segunda cuestión: “La Teoría pura como Lógica jurídica o como Ciencia general del Derecho: Gioja insistió que una de las más importantes enseñanzas de la Teoría pura, en la interpretación de Cossio, es la cognición del conexo específico que existe entre condición jurídica y consecuencia jurídica, y que esto constituye un elemento puramente lógico. Kelsen dio su consentimiento; admitió que la Teoría pura contiene elementos importantes de una Lógica del deber ser, porque Kelsen aplica la Lógica a los juicios del deber ser; muestra que, por ejemplo, el axioma de no contradicción se aplica también a los juicios del deber ser. Pero, continúa Kelsen, aunque la Teoría pura contenga tales elementos lógicos, sería falso ver en la Teoría pura nada más que una Lógica jurídica. La Teoría pura es *ciencia general del Derecho*, porque su elemento o tema esencial es el desarrollo de los conceptos fundamentales de cada orden jurídico, tales como los conceptos de la norma jurídica, del deber jurídico, de la responsabilidad jurídica, etcétera”.

Mi comentario a este párrafo ha sido el siguiente:

“Si Kelsen ha asentido, según usted me dice en su carta, acerca de que la Teoría egológica ha visto bien que en el esquema *Dado A, debe ser B*, el deber ser es nexa o cópula lógica que en la norma juega el mismo papel que la cópula ser en la Lógica del ente, entonces ha admitido, no una concesión de menor importancia, sino algo muy principal; porque ya resulta forzosamente contradictorio querer decir a continuación que la Teoría pura es ciencia; es decir, que aquel deber ser se desarrolla, despliega o explícita en los conceptos fundamentales, tales como los de norma jurídica, deber jurídico, responsabilidad jurídica, etc. Pues sobre la base admitida de que el deber ser es un puro nexa lógico, todos estos desarrollos son desarrollos lógicos *del pensamiento* puro jurídico —lo que viene a ser Lógica del deber ser únicamente, y no conocimiento de fenómenos humanos— de la misma manera que las reglas del silogismo o la relación entre la comprensión y la extensión de un concepto son desarrollos del pensamiento lógico entitativo puro. La evidencia de lo que resulta ser la norma, el deber jurídico, la responsabilidad jurídica, etc., es de la misma naturaleza que la evidencia de las reglas del silogismo.

”Y la contradicción a que aludo está patente en su carta, cuando usted me dice: ‘Kelsen aplica la lógica a los juicios del deber ser’. Pues Kelsen no puede aplicar la lógica a los juicios del deber ser, porque estos juicios del deber ser ya son lógica de por sí, en tanto que son juicios. Estos juicios ya

son 'cosas' lógicas; antes de aplicarles nada, no bien hemos topado con ellos, ya estamos frente a la Lógica del deber ser. Kelsen no aplica nada; simplemente *analiza* el ser específico de estos juicios que ha descubierto. Y al analizarlos, por fuerza, hace Lógica y no ciencia dogmática. Kelsen analiza el instrumento lógico que utiliza el jurista; pero es el jurista quien aplica la Lógica —y precisamente la Lógica kelseniana— cuando estudia un Derecho positivo cualquiera”.

* * *

Tercera cuestión: “El objeto de la ciencia jurídica: Kelsen insistió fuertemente que la tesis: Derecho es igual a conducta humana, no es correcta, porque no determina el objeto específico de la ciencia jurídica. Pues la conducta humana es también objeto de la sociología, psicología, etnología, historia; en una palabra, de todas las ciencias sociales. Pero la ciencia jurídica se refiere a la conducta humana solamente desde el punto de vista de su regulación por normas jurídicas. La ciencia jurídica es la ciencia de un complejo de normas jurídicas regulando conducta humana. El objeto de esta ciencia son las normas jurídicas que regulan la conducta humana. A esta altura de la conversación Gioja expuso que la tesis cossiana debe naturalmente ser comprendida en el sentido que la conducta humana puede ser objeto de la ciencia jurídica solamente en cuanto que esta conducta está determinada por normas jurídicas. A esto Kelsen respondió: Si esto es el verdadero sentido de la tesis cossiana, ya no se ve diferencia esencial entre la Teoría egológica y la Teoría pura”.

Y agrega el profesor Kunz por su cuenta: “Usted recordará que yo he hecho, hace largo tiempo, la misma observación, desde el momento que usted ha explicado que ‘conducta humana’ quiere decir conducta humana jurídicamente regulada”.

Mis observaciones a esta última cuestión, han sido formuladas al profesor Kunz, en la respuesta que le he remitido, de la siguiente manera:

“No puede Kelsen tachar de incorrecta la tesis de que la conducta humana en interferencia intersubjetiva sea el objeto a conocer por la ciencia jurídica, basándose en argumentos de simples desarrollos dialécticos, sino invocando *el hecho* de que esta caracterización resultara insuficiente.

”Aquí hay dos problemas:

”a) La diferenciación entre conducta y Naturaleza (para eliminar del campo a la sociología, etnología, psicología, etc.). En esto, como primera purificación metódica, yo concuerdo en general con Kelsen. Aunque el planteamiento de Kelsen es más estrecho que el egológico. Pues mientras él hace la eliminación sobre la base de la causalidad (que eliminaría solamente a la Naturaleza), la Teoría egológica hace la eliminación sobre la base del

ente (lo que elimina no solo a la Naturaleza, sino también a la Geometría y la Historia).

"b) La específica captación constitutiva del Derecho, en el campo que ha quedado acotado después de aquella primera eliminación.

"Aquí está nuestra gran diferencia, la que consiste en lo siguiente:

"Kelsen dice que solo la norma constituye el objeto y que sin la norma jurídica no podemos saber dónde está el Derecho. En esto, a mi juicio, incurre en racionalismo confundiendo el papel que desempeña el concepto en el conocimiento —a estilo de la Escuela de Marburgo—. No hay duda que al Derecho se lo concibe forzosamente con normas. Pero porque así se lo tenga que concebir, no está resuelto que el objeto sea esa conceptualización y nada más. Todavía está por verse si no podemos *encontrar* al objeto de presencia. Y esto sería un hecho que no se puede recusar por mero discurso dialéctico, como usted me transmite que me recusa Kelsen. Solamente la prueba de los hechos, mostrados con intrínseca necesidad (Husserl diría: eidéticamente), decidiría el punto. Lo contrario significaría confundir las conexiones formales del pensamiento, con las conexiones reales de los objetos.

"Creo que la Teoría egológica ha afrontado airosamente esta prueba. Cuando yo digo que el Derecho —previa la primera purificación— es la conducta humana en interferencia intersubjetiva, muestro un hecho de presencia sin necesidad de recurrir a la norma jurídica. Si el doctor Gioja dice otra cosa, no va por cuenta mía. Y si mi tesis fuera inexacta, Kelsen me debería mostrar un caso de conducta en interferencia intersubjetiva que no fuera Derecho, en vez de desarrollar un argumento discursivo que nada puede probar referente a lo que solo los hechos pueden aclarar. Y es claro que le es imposible mostrar un caso de conducta en interferencia intersubjetiva que no sea Derecho, después que él mismo ha reconocido que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido.

"A mí me basta encontrarme ante la conducta considerada en su interferencia intersubjetiva para saber que estoy ante el Derecho. No sé todavía si se trata de un delito, de un deber jurídico, de una sanción, de una facultad jurídica, etc.; pero sí sé que estoy frente a lo jurídico; sé que estoy en el campo del Derecho sin ninguna clase de confusión con ningún otro campo, ni siquiera el moral. Que se me demuestre con hechos que esto no es así, exhibiéndome el caso contrario, y diré que estoy en error. En cambio, al revés, nada valen los argumentos dialécticos si esta determinación primaria de tipo ontológico y no normativo, me permite organizar la experiencia jurídica en el conocimiento, sin excepción. Que es lo que ocurre. E insisto: me basta la conducta humana en interferencia intersubjetiva, para saber que procede sobre ella el juicio de licitud o ilicitud; aunque todavía no sepa cuál de estas calificaciones es la que corresponde, sé con certeza que alguna de

ellas cabe. Y para tenerme a mí mismo por equivocado en el planteamiento egológico, necesito que se me muestre un caso de conducta en interferencia intersubjetiva que no admita la calificación de lícita ni de ilícita, a la par.

”Ahora voy a su argumento —el de Kunz— que usted recuerda y que me hace ver que usted no ha aprehendido debidamente el pensamiento egológico, quizás porque la explicación que le diera le resultó oscura: Ya el Derecho como objeto está delimitado ontológicamente de aquella manera, sin recurrir a ninguna norma, en cuanto conducta en interferencia intersubjetiva. Pero como el Derecho no existe así, a secas, sino que será siempre o delito, o sanción, o prestación, o facultad jurídica, o antecedente de la endonorma, etc.; y esto no lo sé por aquella primaria determinación ontológica, es claro que necesitaré de la norma para determinar estas nuevas cosas. Por eso la conducta jurídica será siempre conducta normada. Pero este juego de la norma no es fundante, como creen usted y Kelsen, sino fundado en aquella determinación ontológica que se consigue sin la norma. Pasa aquí algo análogo a lo siguiente: Los vertebrados son siempre este perro, aquella gallina, aquel elefante, etc. Pero no debo confundir lo que necesito saber para conocer que esto es un perro o una gallina y no un elefante, con lo que necesito saber para conocer lo qué es un vertebrado. Esto último (al igual que la determinación del objeto Derecho) es lo fundante en el conocimiento de lo primero, porque la determinación del ser gallina o perro (y paralelamente, la determinación del ser delito, sanción, prestación o facultad), recae en el ámbito previo y constituido por aparte del ser vertebrado (o del ser Derecho y no moral, ni sociología, ni psicología, etc.). Pero este esclarecimiento en lo que a la fundamentación y al objeto en general concierne, no niega que el vertebrado (o el Derecho en general), *existan* como perro o gallina o elefante (o, paralelamente, como facultad, o prestación, o delito, o sanción). Esta individuación concierne al problema de la existencia en todos sus órdenes, problema que no estaba en juego; pero no concierne al problema de la esencia del objeto, que sí estaba en juego.

”Precisamente en esto se vislumbra por qué la Teoría egológica afirma que la norma integra la conducta que ella misma mienta; cosa que a usted tanto desconcierta. Pues escudriñando analíticamente en el objeto ‘Derecho’ ya encontrado, se descubre en él su sentido —ya que no hay conducta carente de sentido—: la norma es este sentido en versión conceptual; por eso la normación es inmanente a la conducta. Y por eso la Teoría egológica puede afirmar que no se interpreta la norma, sino la conducta mediante la norma.

”En resumen: cualquier conducta en interferencia intersubjetiva tiene un sentido co-existencial, por ser intersubjetiva; sentido que lo conocemos como norma. De ahí que la norma sea inmanente a la conducta y, por consiguiente, una parte integrante de ella”.

* * *

La presente publicación habrá dado algunos elementos de juicio a aquellas personas que están interesadas en el magno debate cuya ventilación ha sido diseñada. Esperemos ahora las novedades que traiga el próximo episodio, al parecer muy cercano.

EL DERECHO COMO CONDUCTA (MIRANDO DESDE ESPAÑA LA VISITA DE Kelsen A LA ARGENTINA) (*)

Por Alfonso Ibáñez de Aldecoa

I. EL EGOLGISMO ANTE LA CIENCIA JURÍDICA

El egologismo se encuentra en momento de decisiva trascendencia científica. Es estudiado, analizado, aceptado, corregido y combatido. Es una teoría científica y además humana, y como tal, corre el mismo riesgo científico y humano que el corrido por todas las teorías que en el mundo han sido. Será elogiado noblemente y admirado con reserva; será aceptado puramente e interpretado con arbitrio; será combatido con razonamientos científicos y con anécdotas mordaces. En resumen: la teoría egológica está sujeta vitalmente a la apreciación crítica; es de esperar que un exceso de humanidad no decepcione a la ciencia.

Tal como se desarrollan las vicisitudes que al egologismo rodean, es obligatorio distinguir la posición del egologismo ante la ciencia jurídica. Hay que considerar la posición del egologismo ante la ciencia jurídica de Argentina, ante la ciencia jurídica del extranjero, y ante Kelsen.

Ante la ciencia jurídica argentina el egologismo tiene una posición calificada por circunstancias de origen.

En la Argentina, es posible, que, como producto nacional, sea aceptado y defendido con más vehemencia que en otros países; pero también es posible, indiscutiblemente, que allí sea combatido con pasión, parcialidad y personalismo, que en cualquier otro país desconocido. En la Argentina, la teoría egológica puede alcanzar su mayor relieve, como obra humana, con todas sus consecuencias inevitables.

Ante la ciencia jurídica extranjera, el egologismo puede gozar de una posición más fría, pero también más serena. En el extranjero el egologismo,

(*) Publicado en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 56, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1949, ps. 876 y ss. Tomado de IBÁÑEZ DE ALDECOA, A., *Meditaciones sobre la científicidad dogmática del Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, ps. 109-122.

se estudia, se analiza, se acepta, se corrige o se rechaza científicamente, sin personalismo alguno.

Ante Kelsen el egologismo tiene una posición especial y exclusiva. Es difícil interpretar la teoría pura. El mismo Kelsen se lamenta de las disparas interpretaciones de su teoría ⁽¹⁾. Kelsen ha desarrollado con asombrosa rigurosidad un Tema de la filosofía jurídica; inaugura el correcto estudio de la norma con precisión artística y con la misma precisión estudia la estructura del ordenamiento jurídico. Pero Kelsen no se desliga de la concepción apriorística formal y en positivización absoluta del derecho, consigue la más perfecta mixtificación jurídico-política, resultado nada grato para quien su obsesionante pretensión es depurar lo jurídico de elementos naturales y axiológicos. El concepto del derecho de Kelsen, será interpretado muy diversamente según el vértice axiológico (religioso, político, moral) que se adopte, pero su construcción normativa tiene una firmeza evidente; esta construcción normativa es aceptada por el egologismo, como parte integrante de su sistema, aun enfocando el fenómeno jurídico en punto de partida conductista muy diferente de la objetivización normativa kelseniana. Se destaca la especial posición del egologismo ante Kelsen. El egologismo rechaza de Kelsen su concepto de lo jurídico y acepta su construcción normativa. Kelsen observa que su teoría (no toda) se reduce a un plano lógico del egologismo, y es posible y probable no lo admita ni apruebe, porque hacerlo sería dar por válida la ontologización de la conducta, modificando su concepto del derecho o dar por válida la desintegración de su teoría, permitiendo su acoplamiento a una doble conceptualización del objeto jurídico. Es de suponer que Kelsen no estará en disposición de profesar el egologismo ni de admitir la utilización universal de la lógica que su construcción implica, por lo que no es extraño afirmar que ni él ni su teoría tienen matiz egológico alguno, y que su teoría no puede, ni debe reducirse a la lógica formal del egologismo. Ignoramos los resultados de las conferencias de Buenos Aires. Suponemos se habrá definido Kelsen al respecto. Sería sumamente satisfactorio, que Kelsen hubiera reconocido el egologismo, o por lo menos, hubiera autorizado utilizar su teoría como lógica jurídica formal, lo que no significaría menoscabo de ella, sino su desplazamiento al plano iusfilosófico correcto.

Nos hemos decidido a calificar las posibles posiciones críticas de la ciencia jurídica porque empieza esta a definirse. El egologismo necesita crítica y agradece la adversidad. Jhering ⁽²⁾ nos dice, que “quien no se cuida de las enseñanzas que de sus adversarios puede recibir, se perjudica a sí mismo”, pero una cosa es aceptar la crítica y otra apreciar su intención y en esta apreciación está descartada la ingenuidad.

(1) KELSEN, H., *La teoría pura del Derecho*, 1946, p. 21.

(2) JHERING, R. de, *Der Zweck im Recht*, 2da edición, 1886, p. 161.

II. AUTORIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EGOLÓGICA

Para el egologismo el derecho es conducta; para el resto del pensamiento jurídico (autores de todos los tiempos, de todos los lugares y de todas las direcciones) el derecho es regla de conducta. ¿Hasta qué punto puede ser tomada en consideración una concepción científica que tiene en frente, en pleno, todo el pensamiento jurídico? Esta pregunta no se puede contestar sin formularse previamente otros interrogantes: ¿hay alguna dirección de las que concibe el derecho como regla de conducta, lo suficientemente apta para producir una plena satisfacción científica? ¿Por qué existen en este campo tantas y tan opuestas direcciones? ¿En qué consiste el diferendo entre todas ellas? Dada la insuficiencia, inseguridad o desplazamiento visual de esas direcciones, ¿no será que está en quiebra la concepción del derecho como regla de conducta? ¿No exigirá tal quiebra, enfocar el fenómeno jurídico con una objetivización *diferente* que la representada por la regla de conducta?

La filosofía jurídica tiene por objeto investigar, definir, proporcionar el concepto de derecho, no de un derecho determinado, sino del derecho como concepto universal, al margen de las realizaciones concretas en el espacio y en el tiempo. En este sentido, la filosofía jurídica hasta finales del siglo XVIII se identifica con el derecho natural. La Escuela Histórica positiviza el derecho y destruye su filosofía en la esencia iusnaturalista. A partir de entonces la filosofía jurídica se preocupó preferentemente en determinar cuáles son las reglas universales que regulan la conducta humana.

Se intentó demostrar que no existen principios universales, verdades absolutas fuera de la matemática y de la lógica, considerando el derecho como un fenómeno de cultura, determinado en su validez y caracteres por el estado de cultura del pueblo a que corresponda; Neucamp dice ⁽³⁾: “Hay una evolución del Derecho, luego también la hay de su concepto mismo; es un error hablar de un Derecho eterno, inmutable, principio de todo Derecho existente (Derecho Natural)” con distintos matices, Paulsen, Wundt, Berolzheimer, Kholer, Darwin, Spencer, Marx, Engels, etcétera.

Se intentó demostrar que existen principios universales, pero no los del derecho natural, sino los que pueden derivarse de la investigación de los derechos de los distintos tiempos y pueblos; Binding afirma ⁽⁴⁾: “El análisis exacto del Derecho positivo del presente y del pasado es el único camino para el conocimiento verdadero del Derecho” (representante principal, Merkel; también Bergbohm).

(3) NEUCAMP, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte de Rechts.

(4) BINDING, K., Rektoratsrede, 1877.

Y también se intentó demostrar que existen principios jurídicos universales, no los del derecho natural, ni los deducidos de la experiencia pura, sino los derivados, *a priori*, de la razón, sin contenido concreto determinado; Bierling lo sostiene, diciendo ⁽⁵⁾: “Si fue error de las teorías iusnaturalistas admitir un cierto contenido jurídico por mínimo que fuese, como dado de una vez para siempre, síguese de aquí que los principios y conceptos fundamentales, que a nuestro juicio deben constituir el objeto de la Ciencia del Derecho, solo pueden ser esencialmente formales” (en la misma dirección, Heinberger, Stammler).

Encontramos en el campo que concibe el derecho como regla de conducta, criterios tan diversos, y opuestos incluso, que imposibilitan totalmente una concepción científica de validez universal y autorizan a rebelarse contra un punto de partida (regla de conducta), que no ha proporcionado ni una sola dirección capaz de resistir una crítica intensa.

La pretendida unidad entre todas las direcciones (concepto del derecho como regla de conducta), se desvanece en cuanto se resaltan las divergencias totalmente irreductibles, que existen entre concebir el derecho como regla de derecho natural, o como regla extraída de la experiencia pura, o como regla aportada *a priori* por la razón, o como regla sujeta a fluir incesante de la cultura. Esta divergencia puede significar una señal de alarma a la ciencia jurídica: la concepción del derecho como regla de conducta tiene su quiebra en cuanto se pretende determinar qué reglas de conducta son derecho (derecho en sentido universal). Prescindimos de investigar la validez y corrección de estas direcciones, pero siempre resaltará una evidencia: en el campo del derecho como regla de conducta hay variedad de conceptos del derecho, no hay un concepto del derecho, sino varios. Luego si en este campo no se ha encontrado, no se ha podido encontrar la unidad en el concepto fundamental de una ciencia, está plenamente autorizada cualquiera dirección para investigar el concepto unitario del derecho, aunque sea partiendo de un punto distinto del tradicional y aunque ello pudiera implicar una oposición a todo el pensamiento jurídico reinante.

El egologismo es un intento para la universalización ontológica del objeto del derecho. Ante la inseguridad actual de la filosofía jurídica, el egologismo representa la actitud más adecuada y conforme a las exigencias de la ciencia, y esta actitud es digna de la mayor consideración, aunque rompa con una tradición jurídica absoluta, consciente de la insuficiencia y vacilación de direcciones que han desconocido, prematizado o desplazado la significación ontológica del derecho y solo recoja las direcciones que desde un plano lógico han investigado, no el ser del derecho sino la estructura de

(5) BIERLING, Juristischen Prinzipienlehre, 1894-1905, t. 1, p. 5.

la norma y en las que por la naturaleza de la investigación lógica se ha llegado a resultados de la mayor rigurosidad y precisión.

La teoría egológica aparece oportunamente en una coyuntura muy significativa presidida por un estado caótico en las investigaciones iusfilosóficas que no han aportado más resultados útiles en los últimos tiempos que los de la teoría pura en un desarrollo lógico, justificándose su absorción por el plano lógico formal del egologismo, como consecuencia de una interpretación perfecta, que si bien puede extrañar a Kelsen, también puede ser el medio de garantizar la incorporación de su teoría a las investigaciones del futuro.

III. CORRECTA ONTOLOGIZACIÓN DE LA CONDUCTA

El fenómeno jurídico surge en cuanto se considera al hombre actuando en sociedad. El hombre es libre, coexiste y convive con otros hombres. La convivencia se traduce en conductas humanas, expresiones racionales de voluntad. ¿Qué conductas puede y debe tener el hombre en sociedad?

1. El hombre puede realizar todos aquellos actos que no rebasen las esferas de libertad de los demás hombres con los que coexiste.

2. El hombre puede realizar todos aquellos actos que no rebasen la esfera de orden de la sociedad a que pertenece.

3. El hombre debe realizar todos aquellos actos necesarios para mantener efectivas las esferas de libertad de los demás hombres.

4. El hombre debe realizar todos aquellos actos necesarios para mantener efectiva la esfera de orden de la sociedad.

La conducta humana en sociedad se resuelve, en definitiva, en una cuestión de límites: conducta posible y conducta necesaria. Estos límites que determinan el ámbito autorizado de relación y el ámbito de necesidad constituyen las normas de ordenación de las conductas. El análisis del fenómeno jurídico proporciona el siguiente resultado:

A. Hay conductas jurídicas.

B. Hay límites normativos.

La existencia de límites normativos se reduce a:

a. ¿Cuáles deben ser los límites?

b. ¿Qué naturaleza tienen los límites?

Investigar qué es la conducta, es una cuestión ontológica; investigar cuáles deben ser los límites, es una cuestión axiológica; investigar la natu-

raleza de los límites es cuestión lógica. Como las tres investigaciones afectan al fenómeno jurídico, pueden darse tres versiones del concepto del derecho. ¿Cuál es la correcta?

La versión ontológica nos define el derecho como conducta; la axiológica como norma justa; la lógica como juicio normativo.

La versión axiológica es la de menor precisión para la ciencia, porque no tiene posibilidad de ofrecer un concepto universal del derecho. Los límites de la conducta deben ser los justos, pero en la determinación del valor justicia, concurren tan complejos y variados factores religiosos, políticos y morales que se hace imposible reducir a unidad el juicio de valor. Para el iusnaturalismo la justicia, el dar a cada uno lo suyo, se define por la adecuación del derecho positivo al derecho natural; para el positivismo absoluto, la justicia es la voluntad del Estado; para el positivismo empírico, es la adecuación del derecho positivo a los principios universales obtenidos de la experiencia pura; para el positivismo racionalista, es la adecuación del derecho positivo a los principios universales obtenidos por la razón. Son juicios de valor irreductibles. El juicio de valor puede ser el objeto del conocimiento, porque puede el valor motivar un juicio de percepción, con el cual debemos iniciar el conocimiento jurídico, pero colocar como juicio de percepción del conocimiento jurídico un juicio de valor, significa obtener del derecho tantos conceptos como estimaciones posibles un valor puede tener.

La versión iusnaturalista está rechazada unánimemente por la ciencia jurídica, con excepción del escolasticismo; rechazar la versión iusnaturalista para aceptar otra versión axiológica ha sido el error de más relieve de los últimos 150 años; solo cuando se acepta una versión ontológica del derecho puede ser justificado prescindir de la iusnaturalista, porque el juicio de valor que implica, puede incorporarse al plano axiológico de la filosofía del derecho.

El positivista sabe perfectamente que un Estado no puede dictar una ley ordenando cortar una mano a todos los niños que tengan el pelo rojo, porque ello lo prohíbe algún principio superior al Estado, superior a toda experiencia y superior a toda razón humana. A pesar de esta íntima convicción el positivista rechaza el derecho natural como normatividad efectiva, porque la norma iusnaturalista, en su origen, en su estructura, en sus efectos no ofrece garantía para un conocimiento indubitado del derecho como norma. El razonamiento positivista en este sentido es justificado; el derecho como norma debe referirse a la norma positiva.

Desde el momento en que la versión normativa del derecho se supera, en que se acepta la conducta como objeto del conocimiento jurídico, en que se construye la norma no como entidad ontológica ni axiológica, sino simplemente lógica, el positivista puede aceptar los límites iusnaturalistas,

sin menoscabar su rigurosidad científica que se concreta en cuanto conocimiento a un objeto perceptible: la conducta.

La versión lógica es más precisa que la axiológica, pero es más vacía, más inútil. Las versiones axiológicas introducen en el concepto puro del derecho elementos extraños, pero al fin y al cabo dan un concepto de valor.

La versión lógica reduce el concepto del derecho a un formalismo tan depurado que convierte la ciencia jurídica en lógica formal. En realidad, la versión lógica pura no llega a darse, porque en cuanto se deja de pensar y se abren los ojos para no encastillarse en un solo mundo de conceptos, el lógico se ampara en la positivización de la norma, con el consiguiente abandono en la voluntad política. Por ello el positivismo racionalista está con medio cuerpo en la versión axiológica y con el otro medio en la lógica.

La concepción del derecho como norma tiene que aceptar una versión axiológica o una versión lógica. Ninguna de las dos es correcta científicamente. Se precisaba una objetivización ontológica del derecho. Ello lo pretende el egologismo aceptando como objeto la conducta, ofreciendo de esta forma a la ciencia, una versión del concepto del derecho con validez universal. Podrán existir diferencias respecto de los límites convenientes para la ordenación de los pueblos, pero siempre nos restarán dos conceptos universales: la norma jurídica como concepto lógico (juicio), y la conducta como objeto del derecho.

IV. LA NORMA COMO FORMA INTELECTUAL

Considerar el derecho como norma, como regla, lleva forzosamente a un concepto valorado o a un concepto formal. El concepto del derecho como norma valorada es impreciso y susceptible de variedad, por lo que científicamente debe ser superado. El derecho, por tanto, no debe ser considerado como norma-valor. Si seguimos sosteniendo que el derecho es norma, solo queda la posibilidad de conceptualizar el derecho como norma-forma. ¿La norma-forma puede ser el objeto del conocimiento jurídico?

En el plano axiológico encontramos un concepto: la justicia. En el plano ontológico encontramos otro concepto: la conducta. En el plano lógico también encontramos otro concepto: la norma.

Los tres conceptos tienen una misma posibilidad gnoseológica: ser pensados. Pero la norma además de poder ser pensada como objeto cognoscible, es como concepto lógico, forma de pensamiento de otro objeto cognoscible, no pudiéndose conocer este objeto (conducta), en su juridicidad (deber ser), sino solamente a través del esquema lógico (juicio) que la norma representa.

El jurista, para conocer un fenómeno jurídico, tiene que presentar primeramente ante su intelecto un objeto, una conducta; es decir, realizar un acto intelectual de percepción objetiva (juicio de percepción). Luego tiene que realizar un segundo acto intelectual, un juicio, para lo que se sirve del esquema del deber ser que la norma contiene. Y por fin tiene que realizar un tercer acto intelectual, un raciocinio, por virtud del cual infiere la juridicidad de la conducta.

El primer acto necesario para el conocimiento jurídico exige un objeto, sin el cual no es posible verificar el acto intelectual perceptible; si no objetivamos la conducta, no podremos, por lógica, tener conocimiento jurídico, porque nos faltará el objeto, y nos será imposible la percepción como primer acto intelectual.

El segundo acto necesario para el conocimiento jurídico es un acto intelectual que determina el deber ser de la conducta. Este acto intelectual, se le da al jurista a través del esquema de la norma. El jurista necesita el acto intelectual (juicio) para conocer su objeto; se sirve de él, pero no lo construye, porque la norma se lo da como esquema del deber ser.

La norma, pues, como concepto lógico (juicio) es el esquema del deber ser que el jurista utiliza para su conocimiento.

El tercer acto necesario para el conocimiento jurídico lo verifica el jurista apoyándose intelectualmente en la percepción de la conducta y en el juicio del deber ser de la norma. Mediante el raciocinio, el jurista, que ya conoce la conducta por percepción, y el deber ser por juicio, obtiene el conocimiento de la juridicidad, porque deriva un juicio de otro juicio.

La conducta puede ser objeto de conocimiento; la norma también puede serlo. Tanto la conducta como la norma pueden ser pensadas. Pero ni el pensamiento de la conducta, ni el pensamiento de la norma, nos pueden, por sí solos, proporcionar conocimiento jurídico. El conocimiento jurídico exige algo más que el simple pensar la conducta o la norma. Exige que en el pensamiento de la conducta se emplee la forma intelectual de la norma.

Hay conducta, hay norma, hay pensamientos de la conducta y hay pensamientos de la norma. Ahora bien, la norma pensada, es un ente lógico, un juicio, es decir, una forma intelectual. El juicio es medio de conocimiento. Para pensar la conducta necesita el jurista la forma intelectual del juicio, y entonces utiliza el juicio contenido en la norma. La norma como objeto cognoscible, puede ser pensada, y como concepto lógico nos sirve de forma intelectual para que podamos conocer el objeto conducta. Por tanto, el considerar la conducta como objeto del conocimiento jurídico, nos lleva a considerar la norma como forma intelectual, sin decir nada sobre si la norma puede ser pensada o no.

Utilizar un concepto lógico, como forma intelectual para el conocimiento del concepto objeto de una ciencia, no es exclusivo del derecho. Por ejemplo, en matemáticas hay teoremas. El objeto de las matemáticas es la cantidad. El teorema es la forma lógica que revisten habitualmente las verdades matemáticas. Tomemos una cantidad: 8,5; agreguemos un 0 a su derecha; resulta otra cantidad: 8,50. Tenemos un teorema que dice: "el valor de un número decimal, no se altera por la agregación de ceros a su derecha". El conocimiento matemático se produce así: tengo primero una percepción intelectual del objeto, es decir, percibo la cantidad 8,5 y 8,50; luego recojo la forma intelectual que me ofrece el teorema como esquema de verdad; y por fin infiero: la cantidad 8,5 permanece inalterada. El considerar la cantidad como objeto del conocimiento matemático, nos lleva a considerar el teorema como forma intelectual, sin que nada se diga sobre si el teorema puede ser pensado o no.

La norma como concepto lógico, solo puede ser objeto de conocimiento de la lógica jurídica. Pero la ciencia jurídica es algo más que lógica. La lógica no es ni más ni menos que un instrumento de conocimiento para la ciencia. La ciencia tiene además su respectivo objeto, que es el que la califica y lo que debe ser conocido. El derecho como conocimiento especificado no puede jamás dirigirse objetivamente sobre la norma, porque la norma, por ser forma intelectual, por ser un juicio, solo puede ser objeto de la lógica, y no puede hacerse de la ciencia jurídica una lógica formal.

El egologismo otorga a la norma toda la consideración que exige la forma del conocimiento jurídico y al elevar la conducta a su objeto, consigue nada menos, que evitar se reduzca a simple lógica toda la ciencia del derecho y que se plantee el valor de la norma en el plano axiológico que corresponde.

V. SIGNIFICADO DE LA TEORÍA EGOLÓGICA

La filosofía jurídica contemporánea gira alrededor de la obra de dos profesores: Hans Kelsen, creador de la teoría pura y Carlos Cossio, creador de la teoría egológica.

Kelsen llevó la lógica al derecho, construyendo la norma en la lógica del deber ser. Cossio ha descubierto el objeto del derecho, utilizando la norma como forma intelectual para el conocimiento de la conducta.

Si Kelsen atrajo la atención iusfilosófica de un cuarto de siglo, sobre Cossio recae la atención actual, porque con su teoría ha sentado las bases en las que podrán apoyarse las investigaciones futuras. Aprovechamos esta oportunidad para rendir públicamente homenaje al profesor Cossio, por el significado trascendental de su teoría, de inapreciable valor para la ciencia y motivo de orgullo para su Nación.

Es de justicia expresar también la expectación con que es esperada la obra total del profesor Werner Goldschmidt, quien con base egológica construye uno de los más completos sistemas de filosofía jurídica de nuestros tiempos.

ALGO SOBRE LA TEORÍA PURA Y LA TEORÍA EGOLÓGICA. KELSEN Y COSSIO (*)

Por José Salvador Guandique

El trabajo “Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance Provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, escrito por el Dr. Carlos Cossio y publicado en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México*, tomo XII, nro. 45 (enero-marzo 1950), ha producido estas líneas.

Son meras acotaciones de espectador, ya que se trata de Kelsen y de Cossio. Toda consideración tómesela con la cordial vehemencia de que habla el Maestro argentino. El respeto por el jefe de la Escuela de Viena no requiere comentario. Así caminaré, a la manera de Montaigne, con buena intención.

Cossio relata la visita de Kelsen a la Argentina, en agosto del año pasado. Parangona la Teoría Pura con la Teoría Egológica. Por ello me limitaré a ese artículo, sin salirme de él más que en ocasiones muy urgentes.

I. PRIMER PROBLEMA

I.1. La teoría pura del derecho ⁽¹⁾

En *Concordancias del Pensamiento*, a p. 126, Cossio dice: “2. No menos categórico fue el pronunciamiento de Kelsen acerca del carácter lógico-formal del nexu imputativo o cópula del deber ser. En la cuarta conferencia se le oyó decir que, en este sentido, (sin perjuicio de otras cosas que la Teoría Pura pudiera ser) la Teoría Pura del Derecho era Lógica y solamente Lógica”.

Como se desprende a las claras del párrafo, sobre todo por el subrayado, Kelsen restringe expresamente su afirmación al nexu imputativo o cópula del deber ser y, por tanto, no comprende toda la Teoría Pura.

(*) Publicado en *JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, D. F., julio-septiembre de 1951, décimo tercer aniversario. Tomado de GUANDIQUE, J. S., *Proyecciones*, San Salvador, El Salvador, Ministerio de Cultura y Departamento Editorial, 1957, ps. 195-211.

(1) Seguimos el desarrollo de Cossio. Por ello va este problema antes que el problema del Derecho.

Resulta sorprendente que Cossio diga —en la nota nro. 3 de la misma página—: “Con extraña dualidad epistemológica Kelsen insiste en que la Teoría Pura es otra cosa además de Lógica. Pero de que la afirma decididamente también como Lógica jurídica formal, no cabe la más mínima duda”.

La dualidad epistemológica señalada por Cossio no existe en Kelsen. Este sostiene decididamente que la cópula o el nexos del deber ser es lógico, pero no la Teoría Pura en totalidad. Llevado por su afán de absorber la Teoría Pura en la Teoría Ecológica ⁽²⁾, Cossio que le asigna a la primera el 20% de la segunda, no advierte el fino matiz de la afirmación kelseniana.

Cossio cita en la misma nota a Kelsen: “La eliminación de un problema de la esfera de la Teoría Pura del Derecho no significa, por cierto, negar la legitimidad de este problema o de la ciencia que con él trate. El Derecho puede ser el objeto de diferentes ciencias; la Teoría Pura del Derecho nunca ha pretendido ser la única ciencia del Derecho Posible o Legítimo. La Sociología del Derecho y la historia del Derecho son otras. Ellas, junto con el *análisis estructural del Derecho*, son necesarias para un completo entendimiento del complejo fenómeno del Derecho” (Kelsen, “Law, State and Justice in the Pure Theory or Law”, en *The Yale Journal Law*, enero de 1948, p. 383).

La cita kelseniana permite considerar que la sociología del Derecho y la historia del Derecho (que están escritas —oh, Freud— con minúscula) pueden colaborar “con el análisis estructural del Derecho” para un entendimiento completo de tal fenómeno. Aunque, indebidamente, se restrinja eso a las dos disciplinas citadas, roto o al menos puesto en duda el hermetismo formalista de la pureza del método, las distintas Ciencias Sociales pueden intervenir. Faltaría saber en qué forma, porque eso no lo expone Kelsen. Es que el Maestro vienes se percata —al fin— de que esas postergadas ciencias le son necesarias para conocer “por completo” ese Derecho que es el mismo Estado —otro Leviathan— surgido de su Teoría Pura. Si no fuera la Teoría Pura otra cosa *además de Lógica* —contra lo que afirma Cossio— el Estado se pensaría, pero no podría realizarse. Es posible construir la más maravillosa pirámide jurídica desde un gabinete. Si la Teoría Pura, como quiere Cossio, fuera únicamente Lógica, el rotundo Estado kelseniano no pasaría de mero entretenimiento de salón. Kelsen formado en las corrientes coactivas alemanas lo advierte desde luego y a eso se debe que opine que la Teoría Pura es *otra cosa además de lógica*. Sin el poder estatal que actúa detrás de todo el impresionante ordenamiento piramidal kelseniano, no hay derecho y menos derecho positivo. La sola Lógica explica, a la perfección, un Esta-

(2) COSSIO, a p. 133: “Pues la Teoría Ecológica siempre ha restringido la estricta Teoría Pura a un valor de Lógica jurídica formal. La Teoría Ecológica se despliega en cinco grandes problemas: Ontología jurídica, Lógica jurídica formal, Lógica jurídica trascendental, Axiología jurídica pura y Gnoseología del error. Haciendo proporciones, la Teoría Pura solo alcanza al 20 por ciento de su temática integral”.

do en el éter, pero no en la tierra. De allí que Kelsen forcejee en la prisión construida por él mismo, pugnando por apoderarse de lo que transforma la proposición lógica en auténtico precepto jurídico: el Poder del Estado ⁽³⁾.

Cossio olvida que Kelsen es, por rara simbiosis, logicista y positivista. Lo primero en su noción estricta del nexos y cópula del deber ser. Lo segundo en su concepción amplia de la Teoría Pura ⁽⁴⁾.

La Teoría Pura, de acuerdo con el texto y el sentido kelsenianos, es algo más que Lógica. Kelsen no determina exactamente qué es ese algo más.

Cossio, en su afán de reducir la Teoría Pura a un capítulo —el 20%— de su Teoría Ecológica, llega más lejos de lo que permite la restringida afirmación de Kelsen.

II. SEGUNDO PROBLEMA

II.1. *El derecho*

Kelsen no define el Derecho. Tampoco señala el camino para encontrarlo. Partiendo de que Estado es igual a Derecho y a Derecho Positivo, elimina ambos problemas, envueltos en el rubro común, un tanto despectivo, de “metafísicos”.

Cossio trata de plantearlos y resolverlos. En “Discrepancias pendientes”, a) La intuición del derecho. Las tesis: “La Teoría Ecológica sostiene que para tomar contacto con el Derecho y posesionárselo en cuanto objeto, basta una aprehensión intuitiva; que para ello no es necesario recurrir a ninguna norma ni dar ninguna intervención a lo normativo”, p. 137.

En la actualidad son cotidianas las formas intuitivas —Husserl, Bergson, Dilthey— pero esta aprehensión intuitiva que no necesita de norma ni de lo normativo para llegar al derecho es, sin duda, una novedad.

Ap. 138 dice Cossio explicando sus conceptos: “La Teoría Ecológica parte de una fenomenología existencial de la cultura”. Cita a Dilthey: “Explicamos la Naturaleza, comprendemos la Cultura”, p. 140. Y concluye: “El Derecho no es vida humana objetivada, porque puestos a señalar su substrato perceptible, no lo encontraremos en ninguna porción de la Naturaleza. El Derecho es conducta, vida humana viviente, objeto ecológico”, p. 141.

(3) Desarrollamos más ampliamente estos aspectos en el libro: Datos de Sociología, prólogo del Dr. Luis Recaséns Siches, San Salvador, El Salvador, 1946.

(4) Aun dentro del análisis kelseniano del precepto jurídico apunta la noción coactiva, como lo demuestra la calificación de Norma primaria y Norma secundaria. La primera lo es no por lógica, sino por la intervención del poder estatal.

Los desarrollos de Cossio están más llenos de entusiasmo que de metafísica. Falta cohesión en esos párrafos. E independientemente de que no compartamos la concepción jurídica del maestro Recaséns, al que alude, aunque sin citarlo Cossio, al decir que el derecho “no es vida humana objetivada” no lo será por muchas otras razones, pero no porque Recaséns haga intervenir una porción de Naturaleza en su desenvolvimiento definitorio de lo jurídico.

Además, el punto de partida de Cossio se parece mucho al de Recaséns, en “Vida Humana, Sociedad y Derecho”, cuando expresa: “Tomemos a consideración, desnudamente como dato, un acto de conducta cualquiera; por ejemplo, yo tomo un libro y lo traslado de un punto a otro de esta mesa. Lo que nos está dado como dato, es decir, lo que escuetamente hay, es la transportación del libro de un lado a otro, que acabo de hacer. Ahora bien, como una primera aprehensión intuitiva del dato, puedo limitarme a considerar la transportación del libro en el mero y simple hacer mío que ella es: considerar el hacer en sí mismo en cuanto es transportación, y nada más. Sobre esta base, al concebir lo dado, puedo obtener únicamente un conocimiento físico integrante de la naturaleza, ya como narración del movimiento, ya como explicación. Mi acción, así considerada, es naturaleza tanto como el vuelo de un pájaro o la translación terrestre”, ps. 141-142.

Recuérdense las frases de Recaséns en los primeros capítulos de la obra citada, cuando se esfuerza en localizar el ámbito de lo jurídico y hace múltiples enumeraciones diciendo que eso no es derecho. Lo mismo realiza Cossio. Y todos sabemos que esos fenómenos, sin necesidad de aprehensión intuitiva, no son datos jurídicos ⁽⁵⁾. Sigamos a Cossio: “Pero hay otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo. Considero ahora la transportación del libro no en mi bruto y mero hacer, sino en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado con lo que omito. El hacer y el omitir concomitante aparecen ahora a la vista, en cuanto que dados en el dato; mi hacer —y la transportación del libro como hacer— es ahora un poder hacer con su irrenunciable e inmanente referencia a un ego, es decir, es libertad en presencia”, p. 142. La cita permite ver que, de pronto, Cossio pasa de la naturaleza a la Cultura, mejor, al concepto —que llamaré provisionalmente cultural— de Libertad en Presencia.

Desde luego que lo que yo hago se coordina con lo que omito, pero eso no implica que la intuición en segundo grado, forjada por Cossio, lleve a tal resultado. En esta fase del proceso tenemos una acción ética y la libertad en presencia, que apareció de repente, no es más que la libertad ética. Podemos ya calificar a esa libertad, que llamé provisionalmente cultural, como *Ética*. Cossio continúa: “Y bien se advierte la imposibilidad de ver a mi ha-

(5) RECASÉNS SICHES, Luis, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, F. C. E., México.

cer como libertad considerando solamente el hacer y prescindiendo de las omisiones concomitantes que integran el poder hacer”, p. 142. Esto es insostenible, porque mi hacer puede ser tomado como esfuerzo y entonces será objeto de la Fisiología, de la Psicología, etc., como acto humano y entonces será objeto de la Ética, mientras no haya otro sujeto, ya que al aparecer este ya tendremos, en esta línea, una doble consideración de ese hacer: una ética y otra jurídica.

En el punto que se detiene Cossio no hay más consideración que la ética. Y así lo confirman, contra su deseo, las afirmaciones siguientes del mismo Cossio: “Esta es la consideración de la conducta en su interferencia subjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento moral, cuando sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente”, p. 142. No hay otro conocimiento que el moral como sinónimo del ético ⁽⁶⁾.

Llegamos a la libertad en presencia no por la vía intuitiva que pregona Cossio sino recurriendo a un preconcepto ético. Estamos ante la libertad ética.

Cossio añade: “Pero cabe todavía otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo, también en cuanto es libertad. Como la existencia humana es co-existencial, considero ahora la transportación del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide. El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen a la vista, ahora también, en cuanto que dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y la transportación del libro como hacer— ya no es visto como un hacer solo mío aunque sea yo quien transporte el libro, sino que es visto como un hacer compartido, es decir, como un hacer nuestro único”. Cossio insiste acá en su tesis de que “todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”, y sin entrar a considerar que no todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, porque hay actos que están imperados, dicho principio —que Cossio afirma haber sido también aceptado por Kelsen, p. 125— presiona el desarrollo en el momento en que lo estamos analizando. En efecto, ¿en qué consiste ese “hacer nuestro único” de Cossio? (...). De seguro en la concomitancia del hacer mío con el dejar hacer o el impedir de otro, pues expresa, a continuación de lo que hemos transcrito: “Porque si bien yo transporto el libro, el otro permite que lo transporte (lo mismo valdría si lo impidiera), todo lo cual está dado en el dato”, p. 142. Esa coexistencia que crea un hacer único —sin discutir su vaga y compleja estructura— no sería posible sin la *Norma Jurídica*.

(6) Ese “poder hacer con su irrenunciable e inmanente referencia a un ego, es decir, libertad en presencia”, se asemeja extraordinariamente a los llamados derechos inmanentes que exponían los tratadistas de la generación anterior, por ejemplo, Giner de los Ríos. Citaban el derecho a perfeccionarse, a seguir una carrera. Serán deberes éticos, nunca jurídicos.

En el primer caso, decidido por Cossio, eliminando la norma que es su preocupación, la norma existe, aunque no se percibe con claridad, porque nos encontramos en el plano moral o ético, donde muchas veces resulta muy difícil precisar la existencia y vigencia de lo normativo. Pero aun la “libertad en presencia” no se entiende sin una norma. Libertad en presencia, dice Cossio. Preguntamos en presencia de quién. Si no hay más que un sujeto, un yo, un ego, como le place decir a Cossio, esa libertad moral está acompañada de una norma moral que, en virtud de esa misma libertad, puede el hombre cumplir o no cumplir. En el segundo momento —el cual analizamos— la norma se precisa claramente, pues sin ella ese hacer nuestro único “llevaría al caos”. En el primer caso cuando hablé, para evitar referirse a la norma ética, de libertad en presencia, la norma es ética o moral. En el segundo momento es norma jurídica. De manera que no se explica que Cossio concluya: “Así queda deslindado, intuitivamente, el ámbito total del Derecho sin haber recurrido a ninguna norma”, p. 142. La intuición no aparece por ninguna parte. Es la Norma la que funciona ética o jurídicamente. Volveremos sobre el particular ⁽⁷⁾.

Cossio, a renglón seguido de afirmar que no ha necesitado norma alguna para deslindar “por intuición” el ámbito total del Derecho, agrega dos reflexiones, en la forma siguiente: “Primera reflexión. Acabo de referirme a la intuición ónticamente definitoria del Derecho como objeto de un conocimiento: es su visión óntica con intuición sensible; podríamos trasponerla en visión mitológica con intuición emocional y hablar de los valores jurídicos, pero esto no es necesario a los fines de este balance”, p. 143.

¿Cuál será esa “visión óntica con intuición sensible”? El punto parece obscuro o indeciso. Toda visión óntica es esencial o no es óntica. Toda intuición sensible tiene que ser particular o no es sensible. Puede haber una intuición óntica o una intuición sensible, pero nunca una “visión óntica con intuición sensible”.

Con respecto a la segunda afirmación, resulta que deja en duda cuál es la naturaleza de la intuición que ha venido poniendo en juego, pues si esa “visión óntica con intuición sensible”, es capaz de ser traspuesta en visión ontológica con intuición emocional, ya no sabemos a qué tipo de intuición se refiere y cuál es la que ha operado en los desarrollos anteriores. Tenemos una intuición intelectual —Husserl— una emocional —Scheler— una volitiva —Dilthey— y otras muchas, en ese panorama multiforme del existen-

(7) Diferenciando Norma y Regla, José M. Vilanova atribuye la primera a la comunidad y la segunda al individuo. La primera tiene, además, vigencia. La segunda carece de ella. Kelsen replica: “Pero ustedes al hablar aquí de la comunidad, quieren fundar la validez del derecho en su vigencia o eficacia. Esto es inaceptable porque sería derivar del ser, el deber ser. Es una confusión entre hechos y derecho”, p. 156. Los partidarios de la Teoría Ecológica son, entonces, más kelsenianos que el mismo Kelsen.

cialismo y del intuitivismo que vivimos, pero la intuición de Cossio queda en la mayor indeterminación.

Sigamos con: “Segunda reflexión. Con esta intuición queda deslindado el ámbito total de lo jurídico, y determinado el objeto específico de la ciencia jurídica. Es verdad que con esta sola intuición no puedo saber si el acto de conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción; y que para saberlo necesito de la norma”, p. 144. Mejor diríamos que para saber que es jurídico se requiere la norma pues la intuición de Cossio es ineficaz. Cossio continúa, líneas después: “Pero esto no autoriza a creer que se hace inútil lo dado por la intuición jurídica, porque, al revés, la norma tiene que actuar sobre una intuición adecuada”. Se advierte clara la duda del mismo Cossio que sigue así: “La norma no aparece como elemento fundante, según cree Kelsen, sino como un elemento fundado; pues si bien con la norma no puedo saber si este acto es prestación y no entuerto, o facultad, o sanción, en cambio sé muy bien sin ella que, en cuanto a conducta, en interferencia intersubjetiva alguna de esas cuatro cosas tiene que ser, por mucho que no pueda determinar cuál”, p. 144. Según esto la norma se funda en algo que no aclara Cossio, pues no se sabe si es la libertad en presencia, la intuición o alguna otra cosa. Más claramente resuelve Kelsen, para el cual la norma es fundante y no fundada. Y los juristas que parten de la norma —iusnaturalistas, positivistas— defienden una posición más segura que la de Cossio.

El funcionamiento de la norma también interesa. Cossio: “Todavía queda por aclarar el papel de la norma. Con ser un concepto —y precisamente el concepto apto para mentar la conducta como conducta— la Teoría Egológica siempre ha dicho que este concepto integra el propio objeto que mienta, de modo que la norma resulta inmanente, como sentido, a la conducta”, p. 145. Más adelante desarrolla: “Pero la norma juega egológicamente un doble papel. Por un lado, es esta mención conceptual de la conducta que acabo de decir, y en la cual, por cierto, van comprendidas la mención del substrato y la mención del sentido de la conducta en cuestión, en su unidad cultural. Por otro lado, la norma forma parte del sentido del objeto que ella misma mienta; que es un sentido conceptualizado, con lo cual la norma integra el objeto de que ella misma hace mención”, ps. 152-153.

En el primer párrafo hay una tendencia por subsumir la norma en la conducta. En el segundo otra por distinguir dos efectos de la norma: mención conceptual de la conducta y subsunción de la norma en el sentido del objeto. El asunto es muy espinoso. Pero sigamos a Cossio, tratando de encontrar una salida a lo que llama “situación paradójica”, p. 153, mediante una nueva concepción de la Lógica, muy lejana a la de Kelsen —tan kantiano— y quizá por ella Cossio interpreta, a su manera, al jefe de la Escuela de Viena. Cossio insiste: “En este desarrollo que nos muestra a la norma jurídica integrando, como sentido, en forma inmanente, la conducta por ella misma mentada, la Teoría Egológica no ha hecho nada más que desarrollar, con patente pro-

pia, el problema de la Lógica tal como lo replantea la filosofía existencial”, p. 153. Hay acá un tinte hegeliano indudable en esa inmanencia que permite confundir la norma y la conducta y Kelsen, en otra oportunidad, al tratar de la diferencia entre Norma y Regla, se lo señala expresamente a los partidarios de la Teoría Ecológica ⁽⁸⁾. Independientemente de ello, porque ser hegeliano, siquiera parcialmente, no es censurable, continuamos leyendo: “En efecto, la Lógica aparecía como útil para la ciencia en cuanto que la ciencia es un saber conceptual: y sobre esta base la Lógica ha tematizado el valor esquemático de los conceptos”, p. 153. Y más adelante: “Pero la nueva Lógica destaca que, a mayor profundidad, los conceptos son útiles para la vida humana porque la ciencia, a su vez, solo es un modo de esa vida; con lo cual exige que se destaque y tematicice, a la par del valor esquemático de los conceptos, su valor *impletivo*, es decir, su conjunción con la situación concreta en que el hombre esté situado en la medida en que un concepto, además de ser una mención esquemática del conocimiento, es una actividad funcional del hombre mismo: el concepto, que para la ciencia vale instrumentalmente describe, además, siempre fuerzas *históricas*, precisamente aquellas de la situación que el hombre está viviendo y aunque solo fuera la efímera historia de su instante”, ps. 153-154.

La brillantez de Cossio resplandece en los párrafos transcritos. Sin embargo, hay mucho que decir. La consideración de que los conceptos son útiles para la vida es muy anterior al existencialismo, pues los pragmatistas tipo Bentham tienen amplios desarrollos al respecto —por ejemplo “La Lógica de las Pruebas”— del citado autor. Eso de distinguir dos Lógicas, asignándole a un valor esquemático y a otro valor impletivo es, en el mejor de los casos, arriesgado. Y la versatilidad de Cossio no logra esclarecer las dudas. Sobre todo, la Lógica Nueva, de tipo impletivo, tiene un sabor hegeliano innegable, con algo de Savigny por aquello de las “fuerzas históricas”.

No queriendo censurar en general, porque los trazos de esas dos Lógicas —la Esquemática y la Impletiva— apenas se dibujan en los párrafos transcritos, ceñiremos el análisis a algo que sí no podemos permitir. Cossio, a continuación, dice: “Y bien, la Teoría Ecológica ha insistido en largas páginas acerca de la identidad entre juicio y concepto. Destacando que en esto se parte de la concepción pre-ontológica del ser, ha notado que “el concepto tiene dos caras, según se mire hacia dentro o hacia afuera de la significación en que el consiste: el concepto como pensamiento y el mismo concepto como conocimiento. Por lo primero, esto es, como estructura del pensamiento mismo, es un juicio; por lo segundo, esto es, como mención intelectual de algo, es una significación. El juicio para el conocimiento (Gnoseología) es un concepto. El concepto para el pensamiento (Lógica formal)

(8) Kelsen: “Yo no entiendo qué se expresa con el vocablo ‘comunidad’ que me suena acá a hegelianismo y cómo puede la comunidad conocer”, p. 156.

es un juicio". Por mucha amplitud que se tenga, aquí hay puntos demasiado vulnerables.

Al enfocar las operaciones fundamentales muchos lógicos se dan cuenta de que el concepto tiene dos caras. Personalmente he desenvuelto el asunto en cátedra, al distinguir entre noción estática y noción dinámica del concepto. La primera es la mera aprehensión. La segunda es el doble papel de sujeto o predicado, ya relacionados los conceptos dentro del juicio. Esto queda muy lejos de confundir al concepto con el juicio, o mejor de identificar ambas operaciones lógicas.

El juicio para el conocimiento es un concepto, afirma Cossio. Sería más técnico decir que el juicio para el conocimiento puede ser un objeto complejo y eso concediendo mucho, en aras de una relativa comprensión. Pero que, a la inversa, el concepto para el pensamiento sea un juicio, no puede admitirse. Semejante identificación desnaturaliza lo que entendemos por juicio, colocándonos en cualquiera de las distintas corrientes lógicas. Se están usando otras categorías lógicas.

El concepto tiene un valor instrumental —como indica Cossio— y eso lo dice desde antiguo la Lógica. Ese valor radica desde luego en entregar materiales al juicio, segunda operación lógica fundamental, dentro de la cual se comienza la labor lógica, porque en el concepto estáticamente considerado, o sea como mera aprehensión, no se afirma ni se niega. Por ello los Primeros Principios Lógicos —Cossio se refiere después al de Tercero Excluido— se dirigen a los juicios, al menos en su interpretación lógica, descartando la ontológica y la psicológica, cuestión esta última lograda, a maravilla, dentro de la Lógica Fenomenológica. Pero identificar juicio con concepto, porque el concepto para el pensamiento (Lógica formal) es un juicio, resulta gratuito.

Kelsen no define el Derecho. Tampoco señala el camino para encontrarlo. Se conforma con calificar esos problemas de "metafísicos", con la actitud agresiva heredada de Kant.

Cossio, a pesar de sus esfuerzos, no convence. Su intuición carece de valor, sin la norma —moral o jurídica—. Esa misma intuición es extraordinariamente vaga ⁽⁹⁾.

(9) En "Problemas en torno a la Norma Jurídica", JUS, nro. 44, marzo, 1942, sugerimos que el derecho es, por su estructura, lógico; por su eficacia, coercible; y, por su sentido, normativo. Lógico en el nexo o cópula del deber ser. Coercible porque sin eso el derecho es ineficaz, se piensa, pero no se realiza; está en el éter, pero no en la tierra. De allí que diga Kelsen que la Teoría Pura es otra cosa además de Lógica, aunque contradiciendo o al menos, saliéndose de la "pureza del método". El Derecho es, por su sentido, normativo, ya que sin norma — pese a los desarrollos egológicos— la intuición resulta impotente.

III. TERCER PROBLEMA

III.1. La libertad

Kelsen, en diálogo con Cossio, sostiene: “Kelsen: la Teoría Ecológica tiene un punto de partida metafísico y yo rechazo toda metafísica. Ud. me habla de la libertad como de algo ideal y existente, y eso es hablarme de un ente metafísico en el que yo no creo ni puedo aceptar. La ciencia no conoce ese ente”, p. 145.

Ante las argumentaciones de su adversario que le reprocha “un concepto muy estrecho de ciencia”, p. 145, Kelsen repite: “No creo en la libertad como ente real y existente”, p. 146, insiste Cossio: “Pero así usted no elude la metafísica, simplemente reemplaza una metafísica por otra: la de la libertad por la del *determinismo*”, p. 146, hasta que encontramos algo de verdad importante cuando Kelsen concluye: “Sí, hablo de la libertad; pero yo doy a este problema una solución racionalista compatible con el determinismo; mi solución está en antítesis con una solución metafísica que quiere hacer del hombre un lugar de excepción dentro del Cosmos. Yo no digo que damos normas porque *hay* libertad, sino más bien al revés, que *hablamos* de libertad cuando damos normas a pesar del curso absolutamente determinado de los actos humanos”, p. 146.

Kelsen responde así y se nota la clara alusión a Scheler que Cossio le citó en abono de su opinión. En primer lugar, esa solución no es de Kelsen sino de Kant. Esa solución que el mismo Cossio, contestándole en seguida, califica de verbal es la del pensador de Königsberg. Ni más ni menos.

Kelsen es un Kant del Derecho, bastante a la moderna, pero Kant al fin. Para este la libertad es una forma de la causalidad cuyo primer momento es solo causa, pero no efecto de otra causa. Luego la solución kantiana —repetida por Kelsen— es compatible con el determinismo. Diríamos más, es comprobadora del determinismo universal. De allí el ataque inmediato de Kelsen a Scheler, quien, tratando de superar a Kant, habla del puesto del hombre en el Cosmos, del Puesto Singular del hombre. El único pensamiento de Kelsen es categórico “no damos normas porque hay libertad, sino que hablamos de libertad porque damos normas”. Sobre el vienés pesa la respuesta aquella, muy apurada, que Kant da en la “Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres” y en la “Crítica de la Razón Práctica”, como un expediente para eludir el lastre metafísico del punto, al grado que parece huirle al problema. Kelsen repite la actitud y casi hasta las palabras.

Para Kant, como para Kelsen, la libertad es un expediente. Y un expediente cómodo que permite a Kelsen decir a Cossio, un poco desdeñosamente: “Pero ¿qué ganamos con esta hipótesis de la libertad como algo real y existente? Me dice usted que así se salva la cultura. Pero yo soy jurista y no

teorizo la cultura; a mí me interesa el derecho. Y yo le pregunto: ¿acaso su largo desarrollo nos ha servido para llegar a hablar algo del Derecho como juristas? No”, p. 147.

Se nota en Kelsen cierto cansancio. El mismo de Kant ante el peso del problema metafísico que no eluden ni Scheler ni Hartmann. Y puesta la libertad como simple cosa de la que se habla, no siendo necesario y hasta perjudicial afirmarla como algo real y existente según Kelsen, ¿dónde queda ese deber ser que vemos aflorar por todos los rumbos de la concepción formalista de la Teoría Pura? Las tajantes afirmaciones kelsenianas, siempre al ataque —como bien lo nota Cossio— destructoras de Jellinek, de los iusnaturalismos y aun de cualquier noción de valor— han sido lanzadas, por años, valiéndose de la también kantiana distinción absoluta entre ser y deber ser, entre naturaleza y cultura, entre hecho y derecho, entre causalidad e imputación. Y resulta que hoy, al final de la jornada, el mismo predicador declara: “que existe un curso determinado de los hechos”. La libertad, tan pregonada, el campo del deber ser, de la imputación, son espejismos. La conclusión es desoladoramente impresionante, no solo para la Teoría Pura o para la Teoría Ecológica, sino para el pensamiento contemporáneo en uno de sus más altos exponentes.

Es que Cossio pasa, casi sin advertirlo, desde aquella pálida libertad en presencia, a la libertad plena como problema ético y sobre todo como problema metafísico. Leemos en la parte de “Cómo se defendió Kelsen” el argumento idealista: “Kelsen. —Es cierto, como usted dice, que yo hablo de una ciencia jurídica que no es una ciencia de la Naturaleza; pero esto es posible, sin afectar el determinismo de la Naturaleza, creándole un lugar de excepción porque me limito a cambiar el nexo lógico de la proposición: para la Naturaleza el verbo ser y para el Derecho el verbo debe ser. Esto es muy sencillo y mucho más simple que toda su construcción con un punto de partida metafísico”, p. 147.

Kelsen incide otra vez en un verbalismo irremediable. Ya Cossio le achaca con anterioridad que su solución es verbalista y a lo anterior responde: “A mí no me interesa la sencillez sino la verdad: yo necesito ver que su tesis tenga confirmación empírica”, p. 148.

Kelsen pretende que el solo cambio de la cópula o nexo del deber ser —como si en sus manos estuviese el mundo— le basta para que de la Naturaleza se pase al Derecho. Parece esto prestidigitación. Sin embargo, el propio Kelsen se ve forzado a reconocer un lugar de excepción en el determinismo natural que por sí solo reivindica a Max Scheler.

Cossio concluye: “Con esto quedan separados, en forma irreductible, su criterio y el mío; usted fija por definición el ámbito de validez del deber ser lógico; en cambio la Teoría Ecológica lo fija por su correspondencia con una

intuición pura, que en este caso es la intuición de la libertad, en uno u otro de sus dos modos según se trate del conocimiento moral o del jurídico”, p. 149.

Kelsen fija el ámbito de validez del deber ser lógico no por definición, cual sostiene Cossio, sino por substitución como el mismo autor de la Teoría Pura ha expresado, limitándose a cambiar el nexó lógico de la proposición, según se trate de la Naturaleza o del Derecho.

Cossio lo fija por correspondencia con la intuición, según él afirma. Ya anteriormente analicé el valor de esta intuición y aun de esta libertad egológica, y evitaré, por ello, repetir aquí lo ya escrito. Solo señalaré que el mismo Cossio habla del conocimiento moral o conocimiento jurídico, reforzando así lo que ya expresé al calibrar el papel de la norma cuando estudiamos el complicado proceso egológico que lleva al derecho ⁽¹⁰⁾.

El diálogo Kelsen-Cossio, que adquiere resonancias socrático-platónicas, es aleccionador. En el problema de la libertad Kelsen se detiene donde se detuvo Kant. La conclusión es casi desoladora.

Cossio, al final de su artículo, pregunta si la referida visita de Kelsen es un Epílogo o un Prólogo. Se decide por lo segundo. Sin resolver el dilema, diríamos que fue una trascendental experiencia.

Al reconocer, por sobre las disparidades, el rango de Kelsen y de Cossio, terminamos estas acotaciones. Nos alentó lo dicho por el segundo: “Bienvenida la crítica que, por cierto, es requerida por la ciencia”, p. 172. Por nuestra parte, creemos que ningún jurista es infalible.

(10) Buscando puntos de partida en el carácter lógico del nexó o cópula del deber ser, encontramos antecedentes aún más allá de Kant. Rousseau, en su Contrato Social, plantea un deber ser logicista como afirman Del Vecchio, Radbruch y otros. Múltiples testimonios en tal sentido recopilamos en “Referencias al Contractualismo”, Revista de la Escuela de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, tomo III, julio-septiembre, 1941, México, D. F.

KELSEN - COSSIO (*)

Por Miguel Reale

Este volumen nos da cuenta de la visita que Hans Kelsen realizó, en 1949, a la República Argentina, donde tuvo la oportunidad de tomar contacto directo con el movimiento filosófico-jurídico cuyo centro es la brillante figura de Carlos Cossio, es decir, con la llamada Escuela Ecológica que intenta presentarnos una imagen de la Teoría Pura de Kelsen que no coincide con la propuesta por el propio Kelsen.

El libro consta de dos partes: en la primera se leen las cuatro conferencias que Hans Kelsen dio en Buenos Aires; y, en la segunda, las páginas escritas por Carlos Cossio que reproducen diálogos con el maestro vienés, así como una apreciación crítica sobre el valor y los efectos de este contacto cultural.

Se explica, por tanto, la curiosidad despertada por aquella visita en quienes siguen con interés el drama cultural de la ciencia del derecho en el Río de La Plata.

Se siente, en las páginas de este libro, que la presencia de Kelsen no tuvo el poder de poner fin a las dudas y contrastes, entre otras cosas porque, al parecer, las expectativas de los diferentes círculos jurídicos argentinos, respecto del encuentro del Maestro vienés con los juristas señalados como “seguidores” rebeldes o heterodoxos, fueron diversas y discrepantes.

Según Cossio, la Teoría Ecológica (que pretende, por cierto, ser la “única filosofía jurídica latinoamericana”, según frase atribuida al propio Kelsen) no pretendía sino realizar un cotejo vivo y personal en función de algunos problemas suyos, en particular con respecto a la concepción de la Teoría Pura como Lógica Jurídica formal y no como Ciencia Jurídica: “La Teoría Ecológica esperaba este reconocimiento por parte de Kelsen, y nada más”.

(*) Reseña del libro *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría ecológica y teoría pura*. Editorial Guillermo Kraft, Limitada. Buenos Aires, 1952; 161 ps., publicada en *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. II, Fasc. 3, São Paulo, julio-septiembre 1952, ps. 609-612. Traducción del portugués por Diego Luna.

El ilustre profesor de Buenos Aires agrega que este reconocimiento “vino en forma categórica, a pesar de las modalidades con que se presentó” (p. 100).

Además, la Teoría Ecológica no tenía nada que pretender, sus seguidores eran plenamente conscientes de haber cubierto un campo de investigación absolutamente más amplio que el delineado para sus investigaciones por el purismo metodológico kelseniano: “Pues la Teoría Ecológica siempre ha restringido la estricta Teoría Pura a un valor de Lógica jurídica formal. La Teoría Ecológica se despliega en cinco grandes problemas: Ontología jurídica, Lógica jurídica formal, Lógica jurídica trascendental, Axiología jurídica pura y Gnoseología del error. Haciendo proporciones, la Teoría Pura solo alcanza al veinte por ciento de su temática integral” (p. 99).

En realidad, no había necesidad de la visita de Kelsen para que se supiera que hay una diferencia radical entre su pensamiento y el de Cossio, como ya tuve ocasión de observar en 1944, en la *Revista da Faculdade de Direito en São Paulo*, vol. XXXIX, ps. 136 y ss., en el estudio “A teoría estimativa do Direito”, cuyas principales conclusiones veo ahora tan vivamente confirmadas.

Lo que se nota de nuevo, en las páginas actuales de Cossio, es una plena o exuberante conciencia de emancipación, repudiando una posición hasta ahora vista, según la perspectiva dominante, de “kelsenismo”. De hecho, cualesquiera sean los méritos de la Teoría Ecológica, ella no está ligada a Kelsen excepto (para mantener el porcentaje mencionado anteriormente) en un 20% de sus ingredientes mentales.

Lo que me parece discutible es la posibilidad de armonizar valores, como los presupuestos de la Teoría Pura, ligados al trascendentalismo gnosológico de Kant, con una ontología de base husserliana o de inspiración delvecchiana, el culturalismo de Dilthey y además una metafísica de inspiración existencial, en evidente eclecticismo.

Cossio sintió, con admirable astucia y precisamente por haber vivido intensamente la doctrina de Kelsen, todo el vacío estimado e histórico de la Teoría Pura del Derecho, su irremediable distancia del problema concreto de la conducta humana. De ahí la idea de concebir la Teoría Pura como pura lógica formal, como “Lógica del deber de ser” destinada a la investigación de la *conducta jurídica*, puesta esta como el *objeto propio* de la Ciencia del Derecho.

Sin embargo, al hacer esta traducción, olvidó que Kelsen había partido de una actitud metodológica, a la que permanece irreductiblemente fiel (ver p. 48), es decir, de la lección kantiana de que “el conocimiento constituye o crea su objeto”. Presentar la Teoría Pura como Lógica Formal y la Ciencia del Derecho como “ciencia de la conducta” equivale a querer erradicar a Hans Kelsen de su esencial formación neokantiana.

Es por eso por lo que en estas cuatro conferencias de Buenos Aires se enfatiza claramente el punto central entre Kelsen y Cossio.

A pesar de la afirmación del mentor de la Escuela Ecológica, no me parece que el antiguo maestro de Viena diera su asentimiento categórico y pleno a la idea de reducir su Teoría Pura a una Lógica formal. Solo reconoce, en la p. 57, que la Teoría del Derecho, aunque limitada a ciertos problemas, forma parte de la Lógica y es Lógica del Derecho, pero luego agrega: “Una tal disciplina, la Lógica del deber ser, del pensamiento normativo, a justo título no podría presentarse como una teoría del Derecho”, sobre todo porque el contenido específico de las reglas de derecho, que es el tema principal (sic) de toda la teoría del derecho, “no es un problema de Lógica”.

En definitiva, Kelsen se limita a reconocer que la Teoría del Derecho, en cuanto se circunscribe al análisis de cuestiones como la de la “forma lógica de las reglas de derecho”, forma parte de la Lógica, pero reitera su conocida tesis de que es una ciencia de normas.

Si se advierten concesiones en las conferencias de Buenos Aires, son las mismas que ya señalaron quienes supieron leer *Teoría General del Derecho y del Estado*, última formulación del pensamiento de Kelsen, obligado a abrir profundas brechas en su formalismo jurídico ante la fuerza viva del *Common Law* norteamericano. Incluso seguidores entusiastas del maestro vienés, como es el caso del ilustre Josef L. Kunz, reconocieron que la última obra fundamental de Kelsen contiene, “en cierta medida, innovaciones o cambios en la propia teoría pura del derecho”, pareciéndole también que su fundamentación filosófica ha sido “algo cambiada y debilitada en el presente trabajo” (*The University of Chicago Law Review*, vol. 13, A. 2).

Kelsen no hace a la Teoría Ecológica sino solo una concesión relevante, en cuanto al principio que Cossio denomina “axioma ontológico” (p. 101) y que él parece aceptar más propiamente como una “condición trascendental”, el principio de que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”.

Por otro lado, la distinción, además, muy discutible, que Kelsen pretende establecer entre “regla jurídica” y “norma jurídica”, me parece que tiene por fin hacer imposible cualquier pretensión de reducir las normas jurídicas a esquemas lógico-formales de conducta jurídica, propósito esencial de Cossio: “el objeto de la ciencia del Derecho, dice Kelsen, son las normas jurídicas determinantes (sic), de la conducta humana” (p. 39).

En mi opinión, ambas posiciones son insostenibles, tanto la de Kelsen cuando afirma que los juicios de la Ciencia del Derecho, o en otras palabras, que las proposiciones que los juristas formulan en la determinación del Derecho, son *reglas de derecho*, distintas de las *normas de derecho* solamente porque no emanan de “autoridades jurídicas”; como la posición de Cossio

cuando, tras declarar que no hay distinción entre regla y norma jurídica, afirma que tanto los juicios de los juristas como los mandamientos de las autoridades pertenecen a la categoría de las normas, distinguiéndose solo por el modo según el cual aparece el problema de la positividad o eficacia.

En ambas explicaciones prevalece una concepción de la norma jurídica erradicada de la experiencia concreta: como categoría puramente formal en Kelsen; como algo de naturaleza ambivalente en la teoría egológica, dado que ella es, paradójicamente, un instrumento de captación de una realidad en la cual ella misma está integrada, es un prisma para la observación de la conducta e ingrediente de la conducta.

En conclusión, este precioso volumen es trascendental para demostrar cómo tenía razón nuestro Farías Brito cuando escribió que toda doctrina del Derecho depende y resulta de la concepción del universo y de la vida de cada jurista: entre kelsenianos y egológicos hay una diferencia radical de “Weltanschauung” (*visión del mundo*), de modo que a veces las mismas formulaciones albergan significados totalmente diferentes. De ahí, quizás, la necesidad que incumbe al notable grupo de juristas platenses de revisar ciertas posturas que aún los subordinan, contradictoriamente, a una cosmovisión irreconciliable con la que anima el universo de sus estimativas.

KELSEN - COSSIO (*)

Por Luis Cabral de Moncada

Kelsen estuvo en Buenos Aires, en el verano boreal de 1949, impartiendo conferencias, por invitación de la Facultad de Derecho de esa bella ciudad argentina. Naturalmente, una gran expectativa y un interés científico inusual acompañaron estas conferencias. Además, alrededor de ellas hubo numerosas conversaciones e intercambios de opiniones entre el eminente invitado y los dueños de casa, al frente de los cuales estuvo siempre el insigne profesor y anfitrión Carlos Cossio. Se diría que la *Teoría pura del derecho*, la *Reine Rechtslehre*, llegó a Buenos Aires para conversar con la *Teoría egológica del derecho*, en el justificable deseo de esclarecer ciertos malentendidos existentes entre las dos, y de entenderse mejor la una a la otra. Se sabe que la segunda pretende ser, desde hace mucho tiempo, como ha dicho A. José Brandão, una “superación” de la primera, buscando reemplazar con éxito el *normativismo* kelseniano por el *conductivismo* cossiano como teoría exacta del derecho. Este encuentro de “grandes”, fue un verdadero acontecimiento internacional en el ámbito filosófico-jurídico. El presente volumen nos entrega el informe, el acta de la sesión, con el texto, aunque no definitivo, de las conferencias de Kelsen, los comentarios de Cossio, y ciertos intercambios de opiniones entre los dos y aún con Vilanova, todo esto en la forma sugerente de un diálogo platónico en el que el argentino se reservaba el papel de Sócrates. El hecho de que, posteriormente, Kelsen, menos bien humorado, en una carta dirigida a la Revista *La Ley* de Buenos Aires, no aprobara la autenticidad del diálogo y no concordara con la publicación tal como fue hecha, no resta a esta, evidentemente, dada la indiscutible honorabilidad de los argentinos, nada de su valor informativo sobre los principales puntos de acuerdo y desacuerdo entre las dos escuelas y los dos hombres. Es exclusivamente por ellos —por este pequeño escándalo filosófico— que aquí queremos llamar la atención de los lectores.

(*) Reseña del libro *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura*. Editorial Guillermo Kraft, Limitada. Buenos Aires, 1952; 161 ps., publicada por primera vez en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXVIII, 1952. Reproducido en CABRAL DE MONCADA, L., *Estudios Filosóficos e Históricos. Artigos, discursos, conferencias e recensões críticas*. Volume II, Universidad de Coimbra, 1949, ps. 401-408. Traducción del portugués por Diego Luna.

El jefe de la escuela austriaca tuvo ahora, una vez más, la oportunidad de exponer en Buenos Aires los puntos fundamentales bien conocidos de su doctrina, desde los *Hauptprobleme* de 1911, hasta la más reciente síntesis de conjunto de su obra, publicada ya en su nueva patria, América, la *General Theory of Law and State* de 1945. No los reproduciremos todos aquí, por supuesto. Entre estos puntos hay dos, sin embargo, que, ya por contener algo nuevo, ya porque interesan directamente a la polémica Kelsen-Cossio, merecen ser destacados. El primero se refiere al *objeto* de la ciencia del derecho; el segundo, a los *límites* y alcances de la *Teoría pura* frente a esta ciencia.

En el primero de estos dos puntos y problemas, luego de establecidas bien las diferencias que separan la ciencia del derecho, como ciencia socio-normativa, de las ciencias naturales —diferencias que hoy todos aceptan— Kelsen enfatiza el hecho de que la primera enfoca su objeto bajo dos puntos de vista totalmente diferentes, que él llama *estático* y *dinámico*, respectivamente. Desde un punto de vista *estático*, el derecho, considerado en estado de reposo, sin relación con los actos en los que es creado y aplicado, es, según él, un puro sistema de normas: las *normas jurídicas*. Estas son entonces el único objeto de la Ciencia del Derecho. Desde el punto de vista *dinámico*, el derecho es considerado en un estado de movimiento, es decir, a través del proceso de su creación y aplicación, y su objeto está entonces constituido por *actos de conducta humana* determinados por las normas. En otras palabras: en el primer caso, para la determinación del objeto de la ciencia del derecho, el acento tónico (solo el acento tónico) se coloca en las *normas*; en el segundo, en los actos de la *conducta humana*. Pero en ambos casos, la teoría del derecho siempre tiene por objeto *normas*. Esta distinción, al menos con el vigor con que ahora acusa, es nueva. Aquí es evidente una concesión, aunque más formal que sustancial, hecha al *conductivismo* de Cossio. En segundo lugar, con respecto a este primer problema del objeto de la ciencia del derecho, también aparece otra distinción en los puntos de vista de Kelsen a este respecto, que, aunque ya contenida en la *General Theory*, aparece también, bajo la acción de la crítica de Cossio, más fuertemente marcada. Es la distinción entre “normas” y “reglas de derecho” (*Rechtssätze*), entendiéndose por esta última expresión alemana —como mejor traducción, según creemos— lo mismo que *proposiciones* o *enunciados descriptivos* del contenido de las normas bajo la forma de juicios hipotéticos. Mientras que las “normas”, propiamente dichas, son la creación de poderes legislativos en el curso del proceso jurídico, consistentes en *imperativos* y actos de voluntad, las “reglas” o *proposiciones* son la creación del jurisconsulto y son la función de la ciencia como un acto de conocimiento; es con ellas que esta se constituye y es, al mismo tiempo, esta la que las constituye a ellas, ya que es siempre, kantianamente, como se sabe, el *método el que crea el objeto*. Evidentemente, también está aquí el deseo de Kelsen de superar ciertas críticas egológicas, como él mismo reconoce (p. 64).

En el segundo de los dos problemas antes mencionados —la cuestión de los límites y el alcance de la Teoría pura frente a la ciencia del derecho— las posiciones de Kelsen nos parecen las mismas de siempre, sin ninguna concesión sustancial o formal a los puntos de vista de la Teoría Ecológica. El ilustre jurista de Berkeley volvió a afirmar ahora, alto y claro, que su célebre *Teoría Pura* (“*lo que yo he calificado, a tuertas o a derechas, de teoría pura del derecho*”) no se limita al examen de la estructura lógica de la regla de derecho, tampoco, por cierto, a un examen de la estructura lógica de las proposiciones acerca de que alguna cosa debe hacerse. La lógica del *deber-ser* no puede presentarse, por sí sola, como una teoría *del derecho*. Ciertamente, esta última abarca una parte que es pura lógica. Pero no es solo lógica. También se propone determinar el contenido específico de las *reglas de derecho*, comparadas con las otras leyes sociales, así como definir las concepciones jurídicas y las nociones fundamentales de la ciencia del derecho, tales como las de sanción, obligación, responsabilidad, derecho subjetivo, etc. Y estas —declara él— no son nociones meramente lógicas, sino *jurídicas*, que solo una Teoría general del derecho puede establecer (ps. 57 y 58). Estos nos parecen, de hecho, los puntos de vista más curiosos de las nuevas afirmaciones de Kelsen en Buenos Aires, para dar a conocer el estado actual de su doctrina en la fase americana de su ingente actividad científica.

Ante esto, no son menos interesantes las reacciones y respuestas ofrecidas por Cossio a las declaraciones de Kelsen contenidas en estas conferencias. Como era natural, en su comentario el primero comienza registrando las concesiones y *confesiones útiles* del antagonista en beneficio de los “egológicos”, aunque no deja de parecernos algo exagerado de su parte calificar estas concesiones como “flamantes”, como él hace (p. 84). Por lo ya dicho, las concesiones de Kelsen en los dos puntos y problemas que consideramos fundamentales tienen un carácter más formal, por no decir de cortesía, que sustancial o de doctrina. El propio profesor argentino es el primero en reconocer esto cuando, al recolectar, como él mismo dice, las “rosas” que el otro esparció, no deja de registrar también con cierto desencanto un cierto pendular de su pensamiento, como cierto “juego de dibujo y desdibujo” (p. 86). Al fin y al cabo, una decepción para él. Entre las cuestiones respecto de las cuales, en palabras del mismo profesor Cossio, el pensamiento de Kelsen concuerda más fuertemente con el pensamiento ecológico, están: la del por él llamado *axioma ontológico*, según el cual “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”, y la del carácter lógico-formal del nexu imputativo o cópula del *deber-ser*, es decir, el valor de la “Teoría pura”, *stricto sensu*, como pura lógica jurídica formal. En cuanto a aquellas cuestiones, sin embargo, respecto de las cuales se advierte discrepancia, es necesario incluir en este número, que no es menor, todas aquellas que se refieren al *problema ontológico de la conducta como objeto único de la ciencia jurídica*. Y aquí el profesor de Buenos Aires nos despliega, una vez más, en su respuesta a Kelsen, todas las conocidas tesis ecológicas, basadas en una

fenomenología existencial de la cultura. Como se sabe, son piezas fundamentales de esa tesis la afirmación de que el objeto inmediato de la Ciencia del Derecho es siempre la conducta humana en *interferencia intersubjetiva*, surgida de la libertad y la existencia, y que las normas no son más que meros “esquemas interpretativos” de esa misma conducta, haciendo para ella las mismas veces de las leyes científicas para la interpretación de la naturaleza. Esto es —podría decirse— mientras que para Kelsen son las normas las que hacen jurídicas las cosas (*normativismo*), para Cossio lo jurídico existe ontológicamente antes que las normas, siendo, ante todo, conducta enfocada por las normas (*conductivismo*), y siendo las cosas, la conducta, que hacen jurídicas las normas.

He aquí resumidos, en forma por cierto excesivamente abreviada, los resultados de las conferencias, conversaciones y comentarios de Buenos Aires en el encuentro Kelsen-Cossio. Como dijimos anteriormente, no nos parece que estos resultados hayan sido muy alentadores. Es decir, sobre la cuestión de los límites y la función de la *Teoría pura* como simple lógica jurídica o como alguna cosa más que eso. Si Cossio quiere limitarla allí, creemos que Kelsen, por lo que se acaba de ver, no estará muy de acuerdo con él, no obstante, toda la sutileza de las distinciones a las que ambos recurrieron en el deseo de aproximarse. Pero hay otro aspecto más general en toda esta cuestión que igualmente nos parece oponerse a la posibilidad de alguna concordancia más profunda entre los dos juristas. *Egológicos* y *kelsenianos* hablan, por así decirlo, idiomas diferentes, evidentemente más distantes entre sí que el español y el alemán o el español y el francés. Kelsen es, como se sabe, un neokantiano descendiente de Marburgo, para quien, como jurista-filósofo, los problemas ontológicos del derecho, en el sentido en que los entiende Cossio —existencialista, fenomenólogo y también filósofo de la cultura— no tienen ningún sentido o son falsos problemas. Es él mismo quien nos lo dice: “se habla, es cierto, de derecho positivo como de un derecho *existente*; se habla de la *existencia* del derecho o de una *realidad* jurídica. Pero estos términos no son más que expresiones figuradas (...). La así llamada realidad jurídica es una manera *metafórica* de caracterizar el derecho como un orden positivo” (p. 55). El austro-americano no conoce respecto del derecho, otra “existencia” sino la del *deber-ser lógico*. En cambio, para el argentino, las palabras “existencia” y “cultura”, cuando se refieren al derecho, están, como se sabe, cargadas de una profunda significación ontológica. Tienen un peso específico que su antagonista desconoce. Cossio nos habla de una *teoría de los objetos* y no duda en ubicar dentro de esa teoría a los objetos *culturales* como reales, existentes y susceptibles de experiencia. Kelsen no sabe qué es “existencia” o “libertad”. La primera, aplicada al derecho, es una simple metáfora; hablarle sobre ella es lo mismo que a un geómetra euclidiano hablar en la cuarta dimensión. La segunda consiste solo en que el hombre es el punto final de una imputación normativa. Cossio, como existencialista y heideggeriano, hace de la libertad la esencia del

ser-hombre, de lo humano, y del derecho una conducta de seres libres en su *interferencia intersubjetiva*, a la manera de decir de Del Vecchio.

Por todo eso pensamos que jamás se podrá hablar estrictamente de una "superación" de la *Teoría pura* por la *Teoría Ecológica*. Se trata de mundos de pensamiento totalmente diferentes y opuestos, a pesar de que las dos doctrinas se cruzan en el capítulo de la lógica jurídica. Se podrá hablar de sustitución de una por la otra para quien fuera ecológico, sin duda; sin embargo, no de superación, dado que nada orgánica o dialécticamente las liga entre sí. Están más en una relación de *tesis* y *antítesis* que en una relación complementaria entre elementos para abrazar en una *síntesis* superior.

La entrevista de Buenos Aires fue, en definitiva, un intento cortés y diplomático de entendimiento mutuo entre puntos de vista e intereses científicos inconciliables, que, como en las grandes conferencias políticas de nuestro tiempo, poco o nada hizo avanzar la causa de la paz. Tal como en estas, una vez más, las magras conclusiones positivas a las que se llegó distan mucho de corresponder al optimismo eufórico con el que se iniciaron las negociaciones.

KELSEN - COSSIO (*)

Por Luis Legaz y Lacambra

El principal interés de este libro consiste en que por vez primera se presenta al público español el pensamiento de Kelsen en su última fase, tal como fue expuesta en sus conferencias de Buenos Aires el año 1949. Al mismo tiempo, sobre la base de estas conferencias, Carlos Cossio, fundador y jefe de la escuela egológica argentina, ofrece sus propios puntos de vista que, inicialmente, proceden de Kelsen, pero que, a través de él, lo han superado hasta enfrentarse polémicamente con el maestro y constituir una concepción altamente original, cuya fuerza de proselitismo constituye uno de los fenómenos más dignos de atención en nuestros días en el orden intelectual. Este enfrentamiento tiene en la obra que reseñamos, no una expresión abstracta, sino que a menudo se expone en forma de versión taquigráfica de la conversación mantenida entre Cossio y Kelsen, lo que confiere al libro una singular vivacidad e interés (por lo demás, esta parte ya es conocida del público español, por haberla publicado en 1949 la *Revista de Estudios Políticos*). Indudablemente, existe una “última fase” en el pensamiento kelseniano.

El medio jurídico anglosajón en que desde hace más de diez años vive inmerso Kelsen ha producido sus efectos sobre el estilo mental del gran maestro del Derecho. Así, por ejemplo, lo que se puede considerar como retorno al “imperativismo”, tan decisivamente combatido en la primera gran obra de Kelsen la que le dio nombre hace cuarenta años: los “problemas capitales de la teoría del Derecho del Estado desenvueltos desde la teoría de la proposición jurídica”. Ahora, en cambio, Kelsen insiste en una distinción que por primera vez aparece en la *General Theory of Law and State* publicada en 1945, entre “norma jurídica” y “regla de Derecho” (proposición jurídica, *Rechtssatz*); por no haber hecho previamente esta distinción con la suficiente claridad, reconoce Kelsen que ha “provocado malentendidos y objeciones, algunas de las cuales me parecen ser justificables” (p. 44). La te-

(*) Reseña del libro *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura*. Editorial Guillermo Kraft, Limitada. Buenos Aires, 1952; 161 ps., publicada en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLIV, año XII, nro. 64, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, ps. 171-172.

sis de que la proposición jurídica no es un imperativo, se refiere, según Kelsen, a las reglas de Derecho (formuladas por la ciencia), pero no a las normas jurídicas, las cuales son creadas por las autoridades jurídicas y constituyen actos de voluntad.

Por lo demás, Kelsen insiste generalmente en sus conocidos puntos de vista, principalmente en lo que concierne a su fundamentación filosófica y gnoseológica y al enriquecimiento de su pensamiento con las investigaciones sociológicas que culminan en su gran libro *Sociedad y Naturaleza* (1943). La primera conferencia se dedica íntegramente al estudio de los conceptos de “causalidad” e “imputación” como categorías, respectivamente, de las ciencias naturales y de las ciencias normativas. La segunda estudia el Derecho como objeto de la ciencia del Derecho (aspecto estático y dinámico del Derecho, regla y norma, Derecho positivo y Derecho natural —insistiendo aquí en sus conocidas posiciones críticas—, Derecho y moral, Teoría del Derecho y Lógica del pensamiento normativo). La conferencia tercera trata del Derecho como orden constrictivo, o sea como sistema de normas sancionadas por autoridades específicas, deteniéndose sobre todo en los conceptos de norma secundaria y obligación (deber jurídico). La última conferencia continúa el tema de la anterior, fijándose en los conceptos de transgresión y responsabilidad y la diferencia de este respecto del de obligación.

Cossio señala los puntos de contacto que la egología mantiene con la teoría pura kelseniana; pero más que las concordancias (las que acepta Kelsen) le interesa señalar las discrepancias y el modo como estas fueron expuestas en diálogo con Kelsen. Una de las discrepancias fundamentales afecta a la existencia real de la libertad. Kelsen la rechaza y solamente la “construye” para los fieles de la teoría jurídica. Cossio, en cambio, parte del hecho de que la libertad existe y que en ella está el Derecho; la intuición jurídica es intuición de la libertad. Cossio rechaza también la distinción kelseniana entre norma y regla de Derecho, insistiendo en el carácter conceptual de la norma, tanto si esta procede de la mente del jurista científico como si sale de la mente del órgano de la comunidad. También es objeto de crítica la división que hace Kelsen entre estática y dinámica del Derecho, para solventar eclécticamente la cuestión si el Derecho es norma o conducta (desde el primer punto de vista, el Derecho para Kelsen sería norma; conducta, desde el segundo). Pues en la estática, el Derecho se convierte en un objeto irreal, sin intuición, sin verificación en los hechos; en la dinámica el Derecho es conducta, pero solo de los “órganos” en sus actos de creación y aplicación del Derecho. Para Cossio, norma y conducta son objetos ópticamente distintos; el Derecho es conducta y la norma es el concepto que la menciona y por el que se la conoce. Y así, la ciencia jurídica es ciencia de realidades; pero necesita el aparato conceptual de la lógica jurídica, que es la teoría de los conceptos jurídicos, o sea de las normas jurídicas.

En el diálogo Cossio-Kelsen estimo que el vencedor es Cossio. Su fundamento filosófico está más a la altura del tiempo que el del antiguo jefe de la Escuela de Viena y el rigor lógico con que extrae consecuencias de las premisas kelsenianas es impecable. Por mi parte no es este el lugar de insistir en lo que considero aceptable y en lo que difiero de la concepción egológica del Derecho. Pero considero útil ver en este diálogo una confirmación de lo que dije hace algunos años sobre el valor de la teoría pura del Derecho: que la filosofía del Derecho tendrá que ser, durante mucho tiempo, una conversación con Kelsen. Y no hay duda de que la egología constituye una de las más interesantes manifestaciones de la filosofía contemporánea del Derecho, al menos en su dimensión de teoría de la ciencia jurídica.

COSSIO CONTRA KELSEN (*)

Por Werner Goldschmidt

I. INTRODUCCIÓN

El autor de una reseña bibliográfica se da fácilmente aires de juez. Esta tentación sube de punto en el caso de autos en el que, en el libro a reseñar, no aparece el pensamiento de un solo hombre de ciencias sino una auténtica controversia entre dos partes. La petulancia de irrogarse funciones judiciales se halla, sin embargo, atenuada por el hecho de que todo enjuiciamiento científico, cual otro juicio sumario, no termina sino con una sentencia carente del efecto de cosa juzgada material, quedando ella sometida, por consiguiente, a infinitas rectificaciones.

El volumen que tenemos a la vista contiene el texto completo y definitivo de las conferencias pronunciadas por Hans Kelsen, durante el año 1949, en el paraninfo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Integran igualmente el libro las respuestas que Carlos Cossio dio a Kelsen en los diálogos motivados por las referencias del último a la Teoría Ecológica del Derecho. Las conferencias de Kelsen tratan de tres temas: La ciencia del Derecho como ciencia social normativa; el Derecho como objeto de la ciencia del Derecho; y el Derecho como orden constructivo. Como el experto lector ya colegirá de los títulos de las disertaciones, ellas formulan en la forma concisa y diáfana a la que Kelsen nos tiene acostumbrados, las ideas fundamentales de la llamada "Escuela de Viena" ⁽¹⁾. Por este motivo soslayaremos en lo que sigue las

(*) Publicado en GOLDSCHMIDT, Werner, *Conducta y Norma*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, ps. 19-53, con el subtítulo: (Apostillas a "Kelsen-Cossio, Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho, Teoría Ecológica y Teoría Pura", Kraft, Buenos Aires, 1952, ps. 161).

(1) Algunas veces se habla también de la "Escuela Austríaca del Derecho" (p. ej., GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 9). Ambos términos, por extraño que ello aparezca a primera vista, no son equivalentes. El primero es legítimo, el segundo no lo es. En efecto, no hay inconveniente en indicar con motivo de la doctrina de un autor la ciudad donde ha nacido o en la que ha expuesto su teoría. Tal mención es estrictamente biográfica, aunque pueda provocar el justo orgullo de sus compatriotas. Al contrario, adscribir una doctrina a una comunidad política constituye siempre una reivindicación de la soberanía nacional. Y semejante pretensión es ilegítima e inoportuna: ilegítima, porque es inexacto afirmar que una doctrina científica es un producto puramente nacional —recuerdo los hermosos versos de Dehmel: "Ich hab ein grosses Vaterland: Zehn Völkern schuldet meine Stirn ihr bisschen Hirn. Ich habe nie das Volk

cuatro conferencias bonaerenses de Kelsen, no aludiendo a ellas sino con ocasión del pleito: Cossio contra Kelsen.

He aquí el contenido verdaderamente importante de la obra: Teoría Ecológica y Teoría Pura (ps. 81 hasta el final). El título es correcto, puesto que en la controversia planteada Cossio actúa como actor y Kelsen como demandado. Esta situación se explica por la sencilla razón de que Kelsen, por ignorar el castellano, desconocía la casi totalidad de la literatura ecológica (v. 1. c p. 96), mientras que la obra de Kelsen había sido estudiada en Buenos Aires con gran profundidad y magistral dominio de la materia ⁽²⁾. Como en todo proceso, también en este ha habido entre las partes hechos admitidos, hechos discutidos y problemas aplazados. Kelsen admitió el axioma ontológico conforme lo formula la teoría ecológica; e igualmente concedió que la teoría pura del Derecho es, al menos también, una lógica del deber ser. Al lado de los dos hechos admitidos se encuentran tres discutidos: la intuición del Derecho; el distingo entre norma y regla de Derecho; y el entre estática y dinámica del Derecho. Por último, existen cuatro hechos cuya discusión se aplazó: La coordinación horizontal de las normas; las antinomias científicas de la dogmática; los juicios indefinidos; y la norma jurídica como juicio disyuntivo. Como en esta causa no rige el principio dispositivo sino él de la oficialidad, analizaremos tanto los puntos admitidos como los discutidos. Por el otro lado, omitimos un examen de las cuestiones aplazadas en cuanto no afecten directamente a los temas litigiosos, a fin de no ampliar desorbitadamente esta modesta reseña. En todos los casos nos atenemos exclusivamente a lo que consta en los autos sin tener en consideración los relatos sobre lo alegado en las conversaciones, con tal que el tema haya sido abordado en las conferencias; solo en los supuestos en los cuales la discusión narrada es nuestra única fuente, hemos de libar forzosamente en ella. La razón de esta conducta cautelosa está en el hecho de que una conversación no puede sino rozar la superficie de los temas tratados.

Una última observación: el ser juez no significa siempre falta de interés en el asunto discutido. Ser parte no es ser parcial ⁽³⁾.

gekannt, aus dem mein reinster Wert entstand"—; e inoportuna, porque introduce en la discusión un elemento emocional constrictivo.

(2) COSSIO (l. c., p. 98) afirma que Kelsen actuaba por primera vez a la defensiva. No creo que se pueda mantener que el ataque de Cossio fuese el primero realmente fundado. Recuerdo las embestidas llevadas a cabo por SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), basadas en Litt, y las efectuadas por la "politicología" de HELLER, *Staatslehre* (Leiden, Sijthoff, 1934).

(3) V. del autor: "La imparcialidad como principio básico del proceso: La 'parcialidad' y la parcialidad" (en Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, Serie 2ª, nro. 1, Madrid, 1950). La llamada ciencia del protagonista ha sido descubierta por la filosofía de la cultura y su abertura: la historiografía. Palabras ocasionales de Kant (*Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, Reclam, Leipzig, 1943, p. 10) carecen de toda importancia. Kant desea esbozar una ciencia de lo que el hombre puede hacer de sí mismo. A este efecto distingue entre "conocer el mundo" y "tener mundo". Pero lo segundo no da una ciencia privilegiada: la del protagonista, sino que constituye una manera de ser especial:

II. EL AXIOMA ONTOLÓGICO

II.1. *El axioma de la división dicotómica de las conductas humanas en el plano lógico*

Desde la época de la codificación, o sea desde el momento en que los autores de las reglamentaciones jurídicas aspiran a dar a ellas carácter exhaustivo, el principio de que todo lo no prohibido está permitido o viceversa, se hizo necesario a fin de cerrar el sistema o, dicho de otra manera, a fin de evitar las llamadas lagunas. Este principio puede ser denominado “principio del sistema”; y en esta forma se encuentra en muchos autores y también en Kelsen ⁽⁴⁾. Adviértase bien que al efecto de ser un principio pantónomo, no importa, si el punto de partida es lo lícito o lo ilícito ⁽⁵⁾.

II.2. *La indeterminabilidad de la libertad*

Cossio ⁽⁶⁾ da a este principio una base ontológica, relacionándolo con la libertad del ser humano. El principio de la expansión pantónoma del sistema descansa ahora en el principio de la libertad ⁽⁷⁾. Cossio lo describe como “un juicio sintético *a priori* en el sentido de la Estética Trascendental de Kant. *A priori*, porque es eidético para la libertad constitutiva de la experiencia jurídica al basarse en su intuición esencial, resultando de ello que la libertad lo impone, queramos o no queramos, como la única manera posible de referimos jurídicamente en la experiencia a la libertad misma. Y sintético, porque, además, de la correlación lógicamente convertible entre

la de actuar en un ambiente que por otro no es sino comprendido. Aún en este último supuesto que es, por lo demás, el del antropólogo, “mundo” significa la coexistencia histórica del hombre y no su vida zoológica. Por este motivo la cita de Heidegger (Vom Wesen des Grundes, en Homenaje a Edmund Husserl, 2ª ed., Halle, Niemeyer, 1931, ps. 93, 94) es totalmente inoperante. El autor, en efecto, ha tratado con frecuencia de los puntos en litigio. V. Comentarios acerca de la sistemática cossiana de la Filosofía Jurídica (Assandri, Córdoba, 1946); “En torno a la Escuela Ecológica del Derecho” (en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 1946, ps. 648 a 656); Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado (Bosch, Barcelona, t. I: 1948, t. II: 1949); “Normas individuales y normales generales” (en Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Sociales, Buenos Aires, año IV, nro. 16, 1949, ps. 1187 a 1209); “La naturaleza del Derecho y sus problemas” (en Revista de Estudios Políticos, vol. 29, año 10, nro. 49, 1950, 141 a 155); “Beziehungen zwischen Ontologie und Logik in der Rechtswissenschaft” (en Oesterreichische Ztschrift. f. Oeffentl. R., t. III, Heft 2, ps. 186 a 201 y en t. IV, Heft 2, ps. 121 a 133); “Los juristas y sus preguntas” (en Sarmiento, vol. II, nro. 16; y en el Boletín Informativo del Instituto Español de Derecho Procesal, nro. 14).

(4) P.ej.: en “Peace through Law”, citado por el mismo Cossio en La Ley del 31/12/1948. En la traducción española: “La paz por medio del Derecho” (Losada, Buenos Aires, 1946), v. p. 59. Pero v. también Kelsen-Cossio, p. 101.

(5) García Máñez (1. c. en nota 1, ps. 200, 201) trata, por ello, con cierta razón de este principio sin aludir al problema de si el punto de partida de la determinación normativa ha de ser lo ilícito o lo lícito.

(6) En La Ley, 1. c.

(7) Pufendorf basa ya este principio en la libertad, pero no en sentido metafísico como Cossio sino en sentido político (“De iure naturae et Gentium”, 1672, Liber I, cap. 6, nro. 15, en The Classics of Int. Law, Clarendon Press, London, 1934, vol. 2, ps. 108, 109), si bien Pufendorf por lo demás es indeterminista (1. c. Liber I, cap. 4, ps. 52 y ss.).

los términos recíprocos ‘prohibido’ y ‘permitido’, el axioma enuncia la libertad como *prius*”⁽⁸⁾.

Poco es lo que Kelsen sabe decir al respecto (l. c., p. 38). Helo aquí: “Es la Teoría Ecológica de Cossio la primera que ha mostrado la importancia teórica del mencionado principio”. Estas palabras han de referirnos forzosamente al principio ontológico y no al lógico, porque este último no es monopolio de la Teoría Ecológica. Sin embargo, las palabras que Kelsen pronuncia a continuación, añaden al principio lógico, puesto que centra el mérito del principio en estatuir que toda conducta humana está jurídicamente determinada. Comprendemos, por tanto, la insatisfacción de Cossio⁽⁹⁾ acerca de esta primera de las dos concordancias.

II.3. La indeterminabilidad de toda realidad presente o futura

A pesar de la incompreensión de Kelsen (por lo menos en las páginas que tenemos a la vista) el mérito de la Escuela Ecológica es grande, y el pensamiento de Cossio profundo. Inteligimos realmente por medio de un juicio sintético *a priori* que, por mucho que se quiera reglamentar la conducta humana, siempre queda todavía entregada al libre arbitrio del individuo una gama infinita de posibilidades a elegir. Creo que este hecho posee también un aspecto gnoseológico. En efecto, toda realidad es infinita, tanto en aspecto extensivo como intensivo. Por ello, nuestro conocimiento de ella es siempre incompleto. Así lo enuncia Hegel⁽¹⁰⁾, y Rickert lo ha repetido hoy en día con especial ahínco⁽¹¹⁾. Con más razón todavía resulta inagotable la posible realidad de la conducta humana futura. Por ello, toda reglamen-

(8) V. KELSEN-COSSIO, p. 89.

(9) KELSEN-COSSIO, ps. 88, 150.

(10) Phänomenologie des Geistes, A. Bewusstsein, I. Sinnliche Gewissheit (Meiner, Philosophische Bibliothek, t. 144, ed. 5ª, 1949, p. 79).

(11) Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung (Mohr, Tübingen, ed. 5ª, 1929, ps. 31 y ss.). Rickert relaciona (l. c., ps. 52 y 11) este principio de la infinitud extensiva e intensiva con su teoría de la identidad de concepto y juicio, ya establecida en su tesis doctoral (Zur Lehre von der Definition, Mohr, Tübingen, ed. 3, 1929, ps. 48 a 60). Una multitud inabarcable de individuos, cada uno ya de por sí inagotable, solo puede ser captada por medio de un concepto, si su contenido se compone de juicios equivalentes a una ley natural (ps. 57, 58). El punto de partida de la tesis de Rickert de la identidad del contenido lógico del concepto y del juicio era su opinión de que el concepto es idéntico a su propia definición y de que esta es un juicio (Zur Lehre von der Definition, l. c.). Poco después de la primera edición de la tesis de Rickert —1888— explica también Lipps (Grundzüge der Logik, Voss, Hamburg y Leipzig, 1893, nro. 247, p. 127) el concepto como un juicio recíproco. La Teoría Ecológica comulga, como es sabido, partiendo de ciertas doctrinas lógicas de la Escuela de Marburgo, con la tesis de la identidad de concepto y juicio, adscribiendo el primero a la gnoseología y el segundo a la lógica (COSSIO, La teoría ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, Losada, Buenos Aires, 1944, p. 140). La teoría de la identidad de juicio y concepto requiere aún más detalladas investigaciones. Desde luego no admitimos contra ella el argumento de Pfänder (Lógica, Revista de Occidente, Madrid, 1933, ps. 36, 147) de que, como los conceptos son común elemento de juicios, preguntas, deseos, imperativos, etc., no pueden ser idénticos a los juicios. Pfänder confunde la estructura lógica de la proposición en la que aparece el concepto (juicio, pregunta, deseo, etc.) con la estructura lógica del concepto mismo. Si se afirma que el concepto C es idéntico a un juicio, no se sostiene que lo sea al juicio: C es P, o a la pregunta: ¿es C P? o al deseo: ¡Ojalá tuviéramos C! o a la orden: ¡Haz C!

tación limitativa de la libertad humana puede solo determinar de la infinidad de posibilidades algunas determinadas. Ahora bien, esta situación se complica por la distinción entre conocimiento genérico y conocimiento individual. Lo que resulta imposible es el conocimiento individual de una conducta futura, como en general lo es él de cualquier realidad. Pero lo que no es imposible es el conocimiento genérico. Toda reglamentación, tanto la conocida generalmente como la aparentemente individual, es siempre general. La orden de pagar una determinada cantidad a un determinado acreedor abarca un sinnúmero de posibles realizaciones, todas ellas genéricamente contenidas en la orden, aunque en su individualidad no previstas ni previsibles. En la esfera genérica, pues, es dable prohibir cuanto no resulte permitido; y así ocurre de hecho en todos los establecimientos de disciplina rígida como por ejemplo en cuarteles o colegios. La reglamentación diaria de la vida de un soldado o de un colegial en un internado prohíbe cuanto no esté expresamente (pero, bien entendido, genéricamente) permitido. Pero como ya dijimos, dentro de cada prohibición puede escoger el deudor entre la infinidad de posibles cumplimientos.

II.3.a. El derecho del obligado

Creo, por tanto, que el principio ontológico podría recibir una formulación más precisa al ser enunciado como el derecho del deudor de cualquier prestación a realizarla escogiendo cualquiera de sus infinitas posibilidades no expresamente prohibidas. El traído y llevado derecho del obligado —mero juicio analítico— se completa así mediante un juicio sintético de insospechada riqueza ⁽¹²⁾. Este derecho a escoger cualquiera de las infinitas posibilidades del cumplimiento del deber pertenece al auténtico Derecho Natural en el mismo sentido en el que de él forma parte el derecho a la vida con la garantía de la defensa legítima ⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

II.3.b. Divisiones dicotómicas

Como ilustración del reparto entre conductas genéricamente prohibidas y permitidas puede, en cambio, servirnos el adagio: *nullum crimen sine lege*. En uno de sus dos sentidos, el brocardo significa: Lo que no está pena-

(12) Sobre este derecho v. GARCÍA MÁYNEZ, 1. c. 190 a 197.

(13) V. VILANOVA, José, "Idea y realidad del Derecho Natural", Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Sociales, Buenos Aires, año VI, nro. 27, 1952.

(14) De paso sea dicho que la comprensión de lo genérico que cualquier reglamentación de conducta, por individualizada que pareciere, en el fondo es, explica el sofisma de la sentencia de Porzia en la primera escena del cuarto acto del "Mercader de Venecia". El permiso de cortar una libra de carne del cuerpo de Antonio comprende cualquier individualización de esta descripción genérica de conducta de Shylock, con o sin derramamiento de sangre, con o sin muerte del deudor. Es cuestión aparte de si un sofisma puede ser justificado para insuflar en un ordenamiento jurídico valores nuevos, ausentes en su creación, punto discutido entre Ihering y Kohler (v. p. ej., el último, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, ed. 2ª, Rothschild, Berlín, 1917, p. 91).

do, no es punible. Este principio podría lógicamente tener la formulación opuesta: Lo que no se permite, se castiga, si bien axiológicamente ello sería condenable. Otra cuestión diferente es la de si se pueden extender las penas más allá del texto legal mediante interpretaciones extensivas y analógicas, porque en este sentido el lema no se refiere al hemisferio de lo no penado sino a la recta delimitación de la órbita de lo penado. En este orden de ideas hay que estar a la profunda advertencia de Cossio de que, careciendo de racionalidad la relación entre el deber transgredido y la pena, no es racional extender lo irracional ⁽¹⁵⁾. Otro ejemplo importante del reparto entre conductas genéricamente prohibidas y permitidas nos lo proporciona el Derecho de guerra según el cual cualquier medio de matar o herir al enemigo, salvo los medios expresamente prohibidos o los que hagan sufrir innecesariamente, es lícito ⁽¹⁶⁾, cuestión importante, por ejemplo, al surgir la bomba atómica.

II.4. Resumen

De ahí resulta que la causa más profunda del principio ontológico mencionado no lo es la libertad humana sino la indeterminabilidad gnoseológica. La imposibilidad de prever o prescribir exhaustivamente lo que ha de ocurrir, es igual en lo que se refiere a la naturaleza o a la conducta humana, con la sola diferencia de que en el primer supuesto la misma naturaleza escoge, con arreglo a sus leyes internas, la determinación concreta imprevisible, mientras que en el segundo caso la elección incumbe a la voluntad humana esencialmente libre.

Por consiguiente, hemos de distinguir en la esfera sistemática el carácter pantónomo del sistema: la reglamentación jurídica abarca todas las conductas humanas, ora permitiendo las que no prohíbe, ora prohibiendo las que no permite. Saliendo de la esfera lógica y adentrándose en la antología de la existencia humana nos encontramos con la libertad. Por muy ordenancista que sea una comunidad, por muy dada que fuere a la casuística, siempre quedan infinitas modalidades de cumplimientos a elegir al libre arbitrio del individuo. Por último, arrojando luz gnoseológica sobre el panorama, se hace evidente que la indeterminabilidad cognitiva de la realidad y de las posibles realidades a causa de su inagotabilidad intensiva y extensiva tiene por consecuencia la imposibilidad de prever en concreto cualquier futuro acontecimiento (sea o no conducta) que no se individualiza sino al hilo del desenvolvimiento natural y humano.

(15) COSSIO, "El principio 'nulla poena sine lege' en la axiología egológica", La Ley de 28-29/12/1947.

(16) OPPENHEIM - LAUTERPACHT, *International Law*, 6ª ed., Longmans, Green and Co., London, vol. II, 1944, § 110, p. 271.

III. LA LÓGICA DEL DEBER SER

Cossio afirma que la Teoría Ecológica ha autenticado la correcta interpretación de la teoría pura del Derecho en el sentido de que ella es Lógica jurídica formal, y no otra cosa ⁽¹⁷⁾, entendiendo a este efecto por “teoría pura del Derecho” la exposición del principio de imputación, el análisis de la norma jurídica, el del ordenamiento jurídico como tal, y la exposición de los dualismos científicos (Derecho Público y Privado, Estado y Derecho, Ordenamiento nacional e internacional). Cossio adopta la teoría pura del Derecho como una de las cinco partes de su sistema introduciendo, por cierto, importantes innovaciones, sobre todo por medio de la concepción de la norma como juicio disyuntivo.

El célebre jusfilósofo bonaerense cree que Kelsen admite que su teoría es lógica jurídica, aunque Kelsen niega que lo sea exclusivamente. El mismo Cossio ⁽¹⁸⁾ se asombra sobre esta “extraña dualidad epistemológica”. Opino, en efecto, que estamos ante uno de estos casos en los que los procesalistas hablan de la indivisibilidad de la confesión. Kelsen sostiene que su doctrina es una “teoría general del Derecho”, si bien contiene análisis lógicos. “Lo que yo he calificado, a tuertas o a derechas, de teoría pura del Derecho, no se limita al examen de la estructura lógica de la regla de derecho, ni, por cierto, a un examen de la estructura lógica de las proposiciones que algo debe ser o debe ser hecho. Una tal disciplina, la Lógica del deber ser, del pensamiento normativo, a justo título no podría presentarse como una teoría del Derecho. La Teoría pura del Derecho se propone determinar el contenido específico de las reglas de derecho, comparadas con las otras leyes sociales; y definir sobre la base de una exacta formulación de la regla de derecho, las concepciones jurídicas, las nociones fundamentales de la ciencia del Derecho como: la sanción, la obligación, la responsabilidad, el derecho subjetivo y así sucesivamente. Estas nociones no son nociones lógicas; son nociones jurídicas y únicamente una teoría general del Derecho puede establecerlas” ⁽¹⁹⁾. En el mismo lugar (p. 57) Kelsen insiste en esta idea: “Así, la ciencia del Derecho determina no solamente la estructura lógica, sino también el contenido de las reglas de derecho. Al afirmar que en este juicio hipotético la consecuencia imputada a la condición es un acto de coerción como sanción, la ciencia del Derecho indica un elemento material del orden social que ella califica de Derecho”.

La comprensión de esta controversia requiere plantear la pregunta por la posibilidad de una lógica del deber ser en general, y de una lógica jurídica en especial. Kelsen había negado hasta hace poco la existencia de una

(17) COSSIO, La teoría ecológica, p. 134.

(18) KELSEN-COSSIO, p. 90, nota.

(19) KELSEN-COSSIO, p. 58.

lógica diferente de la aristotélica ⁽²⁰⁾. Si así fuere, y no siendo a todas luces la “teoría pura del Derecho” lógica apofántica, no quedaba para ella otro casillero que el de la teoría general del Derecho. La cosa es diferente, al contrario, admitiendo una lógica jurídica. En este punto parece realmente que Kelsen haya realizado un cambio y que conceda la existencia de una lógica especial del deber ser (1. c., ps. 57, 72). Dentro de la lógica del deber ser ha de acogerse —y también ello es barruntado por Kelsen (p. 57)— una lógica jurídica como especificación de la lógica general del deber ser. Teniendo ello en cuenta, todos los argumentos de Kelsen para identificar su teoría con una doctrina general del Derecho, se limitan a probar que ella no constituye una lógica general del deber ser sino una lógica jurídica. Es cierto que podemos encontrar la sanción en la experiencia cultural y que nunca la extraeríamos de meras elucubraciones lógicas (1. c., ps. 57, 58). Pero, en primer lugar, la experiencia constituye solo una cantera que nos brinda material, mientras que de ninguna manera nos impone soluciones. Lo prueba mediante un argumento *ad hominem* —precisamente— la misma sanción. En efecto, todos acuden a la misma experiencia; y, sin embargo, existe una discordia absoluta acerca del papel que la sanción desempeña en el concepto del Derecho. En segundo lugar, ninguna lógica cae del cielo; todas se elaboran con elementos ónticos ⁽²¹⁾. Cualquier tratado de lógica trata de las relaciones entre la lógica y la esfera de los objetos. Sobre todo, las obras fenomenológicas hacen especial hincapié en esta situación ⁽²²⁾. También el ínclito jefe de la Escuela Egológica —fenomenólogo de cuño heideggeriano— se caracteriza por ontologizar tesis lógicas: así el lema de que cuanto no esté prohibido, está permitido; o la distinción lógica de Del Vecchio entre moral y Derecho.

Creemos, por consiguiente, que Kelsen, después de admitir una lógica jurídica, se ve compulsado a reconocer que el contenido de su teoría pura del Derecho (prescindiendo, por lo pronto, de su doctrina nueva de los imperativos) pertenece a esta disciplina ⁽²³⁾.

(20) KELSEN-COSSIO, p. 89, nota; GARCÍA MÁYNEZ, 1. c., p. 9, nota 4.

(21) V. HUSSERL, “Formale und transzendente Logik”, en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, t. X, 1929, Abschnitt 1, Kap. 4.

(22) V., p. ej., PFÄNDER, 1. c., ps. 53 y ss. para una lógica del ser; GARCÍA MÁYNEZ, 1. c., ps. 147 y ss. para una lógica del deber ser.

(23) Al hablar de los orígenes de la lógica jurídica no se debiera olvidar la magna obra de Heinrich MAIER, *Die Psychologie des emotionalen Denkens* (Tübingen, Mohr, 1908), poco conocida en los países hispano-americanos por la tremenda parcialidad con la que se organizan las traducciones al castellano. En ella se halla, pese al título, una lógica de los pensamientos no enunciativos que Pfänder (1. c., Introducción, ps. 24 y ss.) reclama sin luego (p. 36) darnosla. Algo en esta dirección se debe a Ernst HELLER, “Zur Logik der Annahme” (en *Jahrb. f. Philos. und phänomenologische Forschung*, t. X, ps. 485 y ss.). El Dr. Otto Brusiin ha tenido la amabilidad de comunicarme que Elieser Kaila construyó una lógica jurídica volitiva, siguiendo a Heinrich Maier (*Oikeuslogiika*, I, Helsinki, 1924). El mismo Brusiin acaba de brindarnos un hermoso trabajo *Über das juristische Denken* (Ejnar Munksgaard, Copenhague-Helsingfors, 1951). Por el otro lado, no se debe echar en saco roto la trascendental aportación que a la lógica jurídica han hecho las ciencias jurídicas especiales, sobre todo la ciencia del Derecho Penal, partiendo desde Anselm von Feuerbach y constreñida por el lema: *nulum crimen sine lege* (v. mi contribución al homenaje a Martin Wolff, con motivo de su 80 aniversario:

IV. LA INTUICIÓN DEL DERECHO

IV.1. Exposición de la controversia

La Teoría Ecológica sostiene que para tomar contacto con el Derecho y captarlo en cuanto objeto, basta una aprehensión intuitiva: su visión óptica con intuición sensible. No es necesario recurrir a ninguna norma a fin de distinguir lo jurídico de lo ajurídico. Para Kelsen, al contrario, no podemos encontrar el Derecho sin la norma, puesto que el Derecho pone en los sucesos naturales las referencias que se van a llamar jurídicas. Kelsen no admite, por consiguiente, el resultado de aquella visión óptica con intuición sensible y que aprehende el Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva⁽²⁴⁾. Cossio admite, por lo demás, que con la sola intuición no se puede saber, si el acto de conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción y que, para saberlo, se necesita la norma⁽²⁵⁾.

La discrepancia entre Kelsen y Cossio es perfectamente lógica. Si para Kelsen el Derecho consiste en las normas referidas a las conductas, no puede reconocer que el Derecho está lisa y llanamente en cualquier configuración de estas últimas. Al revés, si para la Escuela Ecológica las normas no son sino el conocimiento de las conductas en su interferencia intersubjetiva, el Derecho ha de constituirse sin aludir a ellas. Al contrario, la polémica entre Cossio y Kelsen sobre la libertad existencial del hombre de carne y hueso oscurece el punto controvertido. Es cierto que el enfoque de la interferencia de conductas de diversas personas supone en cada una de ellas esta libertad en la que Kelsen, con resabio positivista, parece no creer. Pero Kelsen no tenía que negarla para poner en duda la concepción ecológica: bastábale invocar la ecuación entre Derecho y normas (1. c., p. 124).

“Philosophische Grundlagen des Internationalen Privatrechts”). Esta aportación fue decisiva para el mismo Kelsen (v. mi “Normativismo y nomologismo en Derecho Penal y en Derecho Int. Privado”, Anuario de Derecho Penal, Madrid, t. IV, fase. 3, p. 509 a 517). La ciencia del D. I. Público realizó otra aportación de primera magnitud, también presente en la obra de Kelsen: me refiero a Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899 (trad. francesa de René Brunet, Dr. Int. et Dr. Interne, en “Bibliothèque Française de Droit des Gens de la Fondation Carnegie”, Paris, Pédone, 1920, sobre todo el capítulo segundo: relaciones entre reglas jurídicas). Por culpa de su injustificada negación de una lógica jurídica, Kelsen ha dado pie a que otros reivindiquen el mérito de exponer por vez primera de modo orgánico y completo (añádese, sobre todo, consciente) los principios de esa lógica del deber jurídico (así GARCÍA MÁYNEZ, 1. c., p. 10). Si, por lo demás, García Maynez (1. c.) advierte: “Nadie ha hablado tampoco —que yo sepa— del especial de contradicción en la teoría jurídica”, me permito indicarle la tercera parte de mi trabajo sobre la sistemática cossiana (ps. 31 a 53; publicado un año antes ya —en 1945— tanto en el Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, R. A., año IX, nro. 3, ps. 388 a 410, como en la Revista Jurídica de Cataluña, nro. 3, ps. 22 a 41) en la que encontrará un esbozo de una lógica jurídica y (p. 34) la forma especial que reviste el teorema tradicional de la contradictoriedad.

(24) COSSIO, Teoría ecológica, ps. 124 y ss., siguiendo el criterio de Del Vecchio de distinguir moral y Derecho. V. recientemente aún DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 211.

(25) KELSEN-COSSIO, p. 114.

IV.2. Objeciones infundadas contra la tesis de Cossio (distinción entre *ratio essendi* y *ratio cognoscendi*)

Se podría objetar a Cossio lo que sigue: Si el concepto genérico del Derecho se subdivide en los conceptos específicos de facultad, prestación, entuerto y sanción, y si a cada uno de estos últimos es esencial su normación, también esta ha de serlo al concepto del Derecho al que todos ellos están subordinados ⁽²⁶⁾. Pero este argumento pierde su fuerza, si se tiene en cuenta de que la normación no es *ratio essendi* sino *ratio cognoscendi* de dichos subconceptos, mientras que la conducta en su interferencia intersubjetiva es, a la par, la *ratio essendi* y la *ratio cognoscendi* del Derecho. La situación es análoga a la siguiente: Enfermedad es cualquier desviación del proceso vital normal, es decir sano (Cohnheim); en cambio, si uno quisiera saber, si una enfermedad es esta o aquella, tendrá que hacer análisis de sangre, etcétera.

Por el otro lado, no se olvide que, si bien el Derecho se constituye sin aludir a las normas, estas forman parte de la conducta ⁽²⁷⁾. La solución de la aparente antinomia consiste en que esta integración normativa de la conducta pertenece a la *ratio essendi*, mas no a la *ratio cognoscendi* del Derecho. La primera rebasa la segunda.

IV.3. Precisiones de la tesis de Cossio

IV.3.a. Distinción entre la delimitación intuitiva del objeto y la intuición de su esencia

La intuición como medio de conocimiento supone la delimitación del objeto a intuir.

Si se trata de una intuición sensible, es decir de una intuición que se encauza a través de nuestros sentidos, esta delimitación se realiza a veces mediante la mostración del objeto, sobre el que a continuación opera la intuición. Mas no ha de confundirse la delimitación del objeto que se lleva a cabo mediante la mostración y su percepción (que también se verifica por medio de la intuición sensible) y la intuición sensible que intenta descubrir la esencia del objeto mostrado.

Si el objeto a intuir no es una cosa mostrable, por no ser una cosa material o, aun siéndolo, por no estar presente, hay que indicarlo, al menos por lo pronto, mediante palabras. También la misma delimitación ha de hacerse de este modo, si bien luego puede haber intuición impletiva a base de re-

(26) Sobre las diversas formas de la diferenciación de los conceptos según lo intrínseco o lo extrínseco del "fundamentum divisionis" al concepto a determinar v. Sigwart, Logik, ed. 3ª, Tübingen, Mohr, 1904, §43, p. 373, tomo I.

(27) V., p. ej., COSSIO, en "Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica", en Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Sociales, Buenos Aires, año V, nro. 19, p. 444.

cuerdos o de imaginaciones. Contra la delimitación del objeto a intuir que parte de palabras, solo pueden hacerse objeciones lingüísticas. Si por ejemplo afirmo que deseo intuir el arte e intuyo a este efecto fotografías, mis resultados serán válidos para las fotografías. Lo que pasa es que he utilizado el término “arte” de un modo lingüísticamente no usual, lo que implica el peligro de que otros interpreten mis resultados como aplicables a obras que normalmente se incluyen en el arte, que no serán fotografías y para las cuales no tendrán validez.

IV.3.b. Tesis y procedimiento de Cossio

IV.3.b.i. Delimitación del objeto a intuir

Sin duda alguna, hemos de acudir a las palabras, puesto que no podemos sin más mostrar el objeto a intuir. Hay que distinguir en este orden de ideas el Derecho en sentido amplio y el Derecho en sentido estricto. En el primero Derecho significa lo jurídicamente relevante (prestaciones, ejercicio concreto de una facultad, entuerto, sanción); en el segundo Derecho se halla en oposición al entuerto (y tal vez también al ejercicio concreto de una facultad). Nosotros creemos que al jurista no le interesa la intuición del Derecho y solo su especificación en prestación, facultad, entuerto y sanción. El mismo Cossio afirma ⁽²⁸⁾ que en el problema ontológico el jurista filosofa con ojos de filósofo. Por el otro lado, opinamos que al filósofo hasta ahora no le ha interesado lo jurídico en oposición a lo ajurídico sino el Derecho en oposición al entuerto ⁽²⁹⁾. Basta pensar en Hegel o en Schopenhauer. Pero sea ello como fuere, Cossio está facultado, sin género de duda, de emprender la intuición de lo jurídico. Ahora bien: “Laissez faire, laissez passer”. Tampoco pueden hacerse objeciones contra la delimitación del Derecho en sentido estricto y su intuición como conducta directiva.

Al delimitar Cossio su objeto a intuir: “cuanto tiene relación con el Derecho”, no se debe nunca confundir la intuición sensible sobre la que se basa nuestra comprensión de la delimitación y la intuición eidética con la que descubrimos la esencia de lo delimitado. Cossio nos dice que busca una intuición eidética de todos los actos legales e ilegales. Esta delimitación nos es perfectamente comprensible mediante una intuición sensible, sin que tengamos que acudir a ninguna normación.

IV.3.b.ii. Intuición del objeto ya delimitado

Ahora empieza a obrar la intuición eidética a fin de descubrir lo esencial de las conductas así delimitadas. ¿Es esta intuición transmitida por los sen-

(28) Teoría egológica, p. 131.

(29) Por este motivo Cossio puede jactarse de haber hecho el primer ensayo de una ontología jurídica consciente de sí misma (en “Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica”, 1. c. nro. 20, p. 816).

tidos, es decir una intuición sensible? Cossio parece pensar que sí (l. c., p. 113). Lo dudamos. Ya en la moral no advertimos nuestras posibles acciones y omisiones en interferencia subjetiva mediante intuición sensible, tal vez con algo que pudiera denominarse “intuición psíquica” (introspección) en la cual también radica nuestra insobornable convicción de libertad ⁽³⁰⁾. Menos todavía apercebimos las omisiones ajenas que interfieren con nuestras conductas, con intuición sensible ⁽³¹⁾. Es cierto que Cossio solo contempla las omisiones de personas que con nosotros se hallen en estrecho contacto espacial ⁽³²⁾. Pero, en primer lugar, aun así, nos escapan sensorialmente las omisiones. Y, en segundo lugar, no se puede negar que jurídicamente interfiera la conducta de un niño abandonado en Buenos Aires con la de su madre en Alaska. Estas cuestiones se han ventilado en la Ciencia del Derecho Penal con motivo de la llamada causalidad de la omisión. En ella se ha llegado al resultado de que no se puede hablar de una omisión sin recurrir a una intuición basada en valoraciones morales o jurídicas o, por lo menos, en expectativas ⁽³³⁾. La filosofía moderna coincide con esta tesis ⁽³⁴⁾. La afirmación de la intuición sensible no es, por consiguiente, sostenible. En el mejor caso cabe hablar de intuiciones imaginativas ⁽³⁵⁾. Pero si se quiere conservar a la intuición de lo jurídico un interés práctico, hay que echar mano a normas jurídicas o morales o del uso. La captación de la conducta humana en su libertad no se realiza mediante una intuición sensorial sino por medio de la comprensión que posee un carácter complejo.

IV.3.b.iii. Conclusión

Creemos, por ende, que el proceso es el siguiente: Cossio nos invita a intuir eidéticamente el material indicado por el término “lo jurídico” (en oposición a lo ajurídico). Este material está formado por todas las acciones con carácter de alteridad ⁽³⁶⁾; y este material nos es asequible mediante intuición sensible (percepción y recuerdo). Pasando ahora a la intuición eidética enfocamos estas acciones como un conjunto de conductas (acciones y omisiones) en interferencia intersubjetiva. Ello se hace a base de intuiciones sensibles e imaginativas, estas últimas a fuer de expectativas y valoraciones ⁽³⁷⁾. No intuimos, en cambio, eidéticamente con respecto al material indicado si

(30) COSSIO (KELSEN-COSSIO, p. 127) habla aún en este supuesto de “intuición sensible”.

(31) Así también RAFAEL PIZANI, “Reparos a la teoría egológica del Derecho” (en Boletín del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile, año XX, nros. 53 a 56, 1951, ps. 81 a 96).

(32) V. en “Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica”, l. c. n. 20, p. 819.

(33) V. cualquier manual de Derecho Penal. Del autor véanse *Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit* (Berlín, Gruyter, 1931, nota 77, p. 49); y *Derecho Penal* (Madrid, 1949, ps. 78, 79).

(34) SARTRE, *El Ser y la Nada* (Ibero-Americana, Buenos Aires, Parte 1ª, Cap. 1º, II).

(35) HUSSERL, *Ideas* (Fondo de Cultura Económica, trad. de Gaos, 1949, § 4, p. 23).

(36) KELSEN-COSSIO, p. 113.

(37) En lugar de hablar de “conducta en interferencia intersubjetiva”, debiéramos hablar de la “interferencia intersubjetiva de las conductas”. Así saltaría a la vista lo problemático de la intuición sensible para captar la interferencia.

una conducta es prestación, facultad, entuerto o sanción, ni tampoco que una conducta en interferencia intersubjetiva ha de entrar forzosamente en una de estas cuatro categorías ⁽³⁸⁾.

V. NORMA Y REGLA DEL DERECHO

V.1. Exposición de las dos tesis en pugna

Según Kelsen, a partir de 1945 ⁽³⁹⁾, hay que distinguir entre norma y regla de derecho. La norma que emite el órgano, es una prescripción dirigida a nuestra voluntad, en tanto que la regla de derecho que emite el jurista, es una información dirigida a nuestra inteligencia. Esta innovación, introducida por Kelsen en su doctrina, es fundamental ⁽⁴⁰⁾, aunque Kelsen insiste aún en que las normas en cuanto prescripciones no son órdenes o mandatos en el sentido de la psicología ⁽⁴¹⁾. Si se piensa que Kelsen había luchado toda su vida contra el imperativismo y que “sus especulaciones (...) han tenido como efecto voltear estrepitosamente la tan arraigada concepción que veía en las normas jurídicas un conjunto de órdenes” ⁽⁴²⁾, es difícil negar que le ocurrió lo contrario de lo que pasó a Saúl, hijo de Cis que había salido a fin de buscar las asnas de su padre y que se encontró con un reino (*Samuel*, I, caps. 9 y 10) ⁽⁴³⁾.

Para la teoría egológica la norma es un juicio mediante el cual se conoce la conducta en su libertad ⁽⁴⁴⁾, sea que un particular conoce la conducta

(38) Conste, por lo demás, que la intuición no es la fuente de nuestro concepto de lo jurídico. Ella no nos brinda sino la prueba de que en la realidad existe algo subsumible en un concepto previamente establecido.

(39) *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, ps. 45 y ss.

(40) Así acertadamente Legaz y Lacambra, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. 34, año X, nro. 54, 1950, p. 305; v. también HERRERA FIGUEROA, “Acerca de la conducta jurídica”, separata de la *Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, nro. 2, 1951, ps. 8, 9; PERRIAUX, “Las reglas de conducta”, *Rev. Jur. de Córdoba*, año II, nro. 7, 1948, p. 263; Julio CUETO RÚA, “La conducta, las reglas de conducta y los pensamientos”, *La Ley* del 23/5/1952, cap. 3.

(41) KELSEN-COSSIO, p. 142.

(42) AFTALIÓN, *Crítica del saber de los juristas* (La Plata, 1951, p. 29).

(43) Así ya en nuestro trabajo, “Normativismo y nomologismo”, 1. c.

(44) Se podría objetar contra el juicio disyuntivo de Cossio que, como aquel ha de realizarse forzosamente en cualquiera de sus tramos (endonorma o perinorma), no capta la conducta en su libertad. No obstante, la libertad está en cumplir o no cumplir y, en el primer supuesto, en el modo de cumplir. Más discutible es la libertad en la perinorma, puesto que no resulta completamente diáfano, si ella se refiere a la indestructible libertad del deudor durante la imposición de la sanción concreta (así COSSIO, *Teoría Egológica*, p. 309: el ladrón podrá silbar, pero en la cárcel) o si ella se refiere a la libertad sin sentido de libertad, a vida cosificada (1. c., p. 323, y en *Rev. de la Fac. de Der. y Cien. Soc.*, Buenos Aires, nro. 19, p. 449) conforme parece indicarlo la tesis de la coincidencia de la extensión lógica de la perinorma referente al deudor y de la endonorma referente al juez (p. ej. COSSIO, “Norma, Derecho y Filosofía”, *La Ley*, t. 43, p. 996) ya que, en cuanto actúa el juez, padece el deudor. V. sobre estas cuestiones también Ambrosio GIOJA, “La norma general y la norma individual”, *La Ley*, del 24/7/1952 y VILANOVA, “Acerca de la norma individual”, *La Ley*, del 1/6/1952, nro. 6, V. en este contexto nuestro estudio, “Normas individuales y normas generales”, *Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Soc.*, Buenos Aires, nro. 16, ps. 1187 y ss.

por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación, sea que la comunidad se conoce a sí misma en la ley o en el Derecho consuetudinario ⁽⁴⁵⁾. Esta concepción egológica de la norma como concepto entronca con la anterior tesis de Kelsen de que la norma es un esquema de interpretación.

V.2. La solución

V.2.a. Análisis de las proposiciones legales y la insuficiencia de este método

Si partimos rigurosamente de las proposiciones contenidas en las leyes, hallamos juicios de todas clases. Una proposición como la siguiente: “En la Argentina no hay esclavos”, constituye un juicio apofántico categórico. Muchas proposiciones contienen juicios apofánticos hipotéticos: “Quien matare, incurre en la pena de prisión.” También se hallan, a veces imperativos, sobre todo en bandos militares o municipales. Recuérdese, por ejemplo, que en muchas ciudades se ordena con respecto al movimiento del público en el ferrocarril subterráneo lo que sigue: “¡Antes de entrar, dejad salir!”.

Pero este punto de partida es completamente insuficiente. Lo es, por un lado, porque desaparece bajo nuestros pies en el supuesto del Derecho consuetudinario. Y lo es igualmente, porque salta a la vista que la casual formulación lingüística del precepto legal no puede ser decisiva para el análisis lógico de la norma.

V.2.b. Superación de la insuficiencia del método anterior

V.2.b.i. Doble duplicidad de la lógica ⁽⁴⁶⁾

Los entes de la Lógica son bifrontales: por un lado, se orientan hacia la ontología, por el otro radican en actos subjetivos correlativos.

En cuanto a la ontología, hay que distinguir el análisis lógico de una proposición determinada que puede prescindir de este aspecto, pero el que resulta, conforme acabamos de ver, insuficiente, y la creación de un pensamiento lógicamente adecuado a una realidad determinada la cual, por razones obvias, ha de inspirarse en la realidad cuya captación conceptual nos interesa. La forma de un pensamiento en cuanto refleja la forma de una realidad determinada depende indudablemente de esta última.

(45) VILANOVA, Vigencia y validez en el Derecho (Santa Fe, Imprenta de la Universidad, 1949).

(46) V. a lo que sigue HUSSERL, “Formale und transzendente Logik” (en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, t. X, 1929, §§ 8 y 55 a 68, Abschnitt 2, cap. 1).

Por otro lado, nos es menester acudir a los actos subjetivos fundantes de los entes lógicos a fin de comprender su auténtico sentido. Husserl (I. c.) declara expresamente que una cosa es diluir las figuras lógicas en actos psíquicos —he aquí el psicologismo superado por el primer volumen de las “Investigaciones Lógicas”— y otra muy diferente utilizar los últimos a fin de aclarar el sentido de las primeras ⁽⁴⁷⁾. Ya Reinach ⁽⁴⁸⁾ acude a las vivencias psíquicas para identificar la orden y el ruego, método aprobado por Cossio ⁽⁴⁹⁾. Pero exactamente lo mismo ocurre con respecto a todas las figuras lógicas ⁽⁵⁰⁾. Así lo afirma acertadamente por ejemplo Pfänder (I. c., ps. 38, 39) ⁽⁵¹⁾ que por lo demás atribuye a las mujeres la particularidad de emplear figuras lógicas basadas normalmente en una vivencia determinada, enlazándolas a otras vivencias diferentes. En efecto, la Rosa Dartle que Dickens nos describe en su “David Copperfield”, se caracteriza por esconder afirmaciones en la forma lógica de la pregunta.

V.2.b.ii. Esfera óptica: interferencia intersubjetiva de conductas

Habíamos afirmado que el Derecho es interferencia intersubjetiva de conductas. La figura lógica que capta el Derecho, habrá de reflejar esta interferencia. Pero este hecho no determina todavía con precisión la figura lógica a escoger, porque las conductas que interfieren pueden ser diferentes; y diferentes pueden ser igualmente las mismas interferencias.

Pufendorf ⁽⁵²⁾ sostiene por ejemplo que cada norma consta de dos partes: del mandato y de la sanción para el caso de su incumplimiento. Otros autores asignan a la norma carácter de juicio hipotético, enunciando que la

(47) Esta situación aclara (y a la par, complica) la distinción entre objetos mundanales y egológicos. No estamos sólo en presencia de los primeros, si el sentido cultural anida en un objeto material, sino también si está ínsito en un acto psíquico. La emisión acústica de una oración lo mismo que su mero pensamiento en cuanto acto son sendos objetos mundanales —igual que su escritura o impresión— por contener como sentido un ente lógico.

(48) Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil (Bosch, Barcelona, 1934, p. 51).

(49) En Rev. de la Fac. de Der. y Cien. Soc., Buenos Aires, nro. 23, p. 225.

(50) La diferencia entre juicio e imperativo no descansa, por consiguiente, en la formalizabilidad del primero y la imposibilidad de formalizar el segundo. He aquí su formalización: “Yo (o nosotros) ordeno (u ordenamos) a ti (o a vosotros) que hagas (o que hagáis) ello!” Lo que pasa es que el imperativo contiene forzosamente dos elementos personales (pero formales), mientras que el juicio no los contiene. Por esta razón se añade algo nuevo al juicio reconduciéndolo a la judicación (la mal llamada reiterabilidad del juicio), mientras que resulta tautológico incluir en la orden el acto de la ordenación, de todos modos, en ella contenido. Siendo, según el leitmotiv de Leibnitz, el espíritu forma (v. los dos tomos que Max BENSE, *Konturen einer Geistesgeschichte der Mathematik*, Hamburg, Claassen, 1946 y 1949, dedica a este tema) hubiera sido realmente asombroso que alguno de sus productos resultara no formalizable.

(51) Leibniz considera ya la posibilidad de formular afirmaciones en proposiciones negativas y viceversa (v. *Quaestio II* de “*Quaestiones Philosophicae Amoeniore ex jure collectae*” en *Dúten, Opera omnia Leibnitii*, Genevae, 1768, t. IV, Pars tertia, p. 72).

(52) L. c. Liber 1, cap. 6, nro. 14, ps. 104 y ss.

primera parte describe el sector social a reglamentar y la segunda la reglamentación ⁽⁵³⁾.

También Cossio, al dar a su norma carácter disyuntivo, invoca la interferencia de las conductas intersubjetivas (*Teoría Ecológica*, p. 301). Pero la disyunción del juicio estriba en que la conducta es libertad y en que la norma, so pena de ser incompleta, ha de prever las diversas posibilidades de la conducta. Ahora bien, la exigencia de que una norma (y, luego, un sistema de normas) sea exhaustiva, no reside en la esfera óptica, sino que pertenece a los requisitos de la esfera lógica o sea a las características del sistema.

V.2.b.iii. Vivencias psíquicas fundantes

Las normas se basan en vivencias del juzgador y en vivencias del jefe y del súbdito ⁽⁵⁴⁾.

V.2.b.iii.1. Actos cognitivos del juzgador-legislador (el juicio de Cossio)

El juzgador no es idéntico al juez. Pero en todo juez se halla un juzgador. Sin embargo, también en ciertos funcionarios administrativos, en árbitros y amigables componedores vive la figura del juzgador. Por último, también el proteiforme legislador se coloca imaginativamente en el papel del juzgador, grupo dilecto de sus lectores. El juzgador se enfrenta con una controversia y la resuelve, declarando a cuál de las partes corresponde la razón, mas sin ordenar nada a nadie. El juzgador se basa en el caso de autos en su concreción. Además, acude a las normas jurídicas en su verdadero y auténtico sentido, conforme se revela al intérprete, o sea al jurista teórico. La actividad del juzgador es, pues, algo más complicada que la del intérprete, puesto que

(53) El mismo COSSIO (El Derecho en el Derecho Judicial, Kraft, Buenos Aires, 1945, p. 78) construye p. ej. la norma sobre mayoría de edad al hilo del esquema: "Dado A, debe ser B". La situación puede también complicarse. La norma indirecta p. ej. (que, como creemos, no resuelve directamente el problema del Derecho aplicable sino indirectamente el problema material por medio de la indicación del Derecho aplicable) es por esta precisa razón incompleta: la norma indirecta es hipotética y se encuentra a horcajadas sobre la norma directa disyuntiva del Derecho material a aplicar. En caso de reenvío el camino pasa a través de varias normas indirectas hipotéticas. V. nuestros estudios: "Conceptos fundamentales del D. I. Pr.", en Rev. del Inst. de Der. Civ., Tucumán, t. I, nro. 3, II, ps. 74 y ss.; y "Dos concepciones de la norma iusprivatista internacional", *ibíd.*, t. II, nro. 2, ps. 75 y ss. Luis Fernando Herrera (La Ley del 7/4/1949, y posteriormente en la Rev. de la Fac. de D. y C. S., Buenos Aires, año VI, nro. 24, p. 467) formula en su norma disyuntiva el resultado de la aplicación sucesiva de la norma indirecta y de la norma directa. Ello es naturalmente hacedero; pero de este modo desaparece la función de la norma indirecta, meramente sobreentendida. La actitud de este egregio autor se comprende teniendo en cuenta que atribuye a la norma indirecta menos importancia que yo dentro de la economía del D. I. Pr. Por lo demás téngase bien presente que la norma indirecta no sólo es incompleta en cuanto a su propio contenido, sino que lo es también, como cualquier otra norma jurídica, en vista de su inserción en un orden jurídico cuya convalidación o rectificación requiere.

(54) V. nuestro trabajo: "Los juristas y sus preguntas" (en Sarmiento, v. II, n. 16) que intenta, partiendo del análisis fenomenológico de la pregunta, atisbar una solución orgánica de los intrincados problemas.

incluye en su examen el caso de autos. He aquí la aplicación del Derecho a un caso pasado o sea la aplicación *ex tunc*.

Anticipándose el legislador al juzgador ha de saber lo que una persona debiera hacer dada determinada situación, y lo que debe ser, si no hiciera lo que debiera hacer. El juicio que conceptualiza la situación descrita es el célebre juicio disyuntivo de Cossio. Si, por consiguiente, Cossio afirma que la norma contiene un juicio imputativo disyuntivo, el ilustre jefe de la Escuela Ecológica acierta plenamente, con tal que se reconduzca la norma a la vivencia psíquica del legislador como juzgador anticipado.

V.2.b.iii.2. Actos imperativos

Pero el legislador, al emitir las normas (legisladas o consuetudinarias), alberga también vivencias de jefe y, de nuevo mediante un anticipo imaginativo, de súbdito. El legislador quiere que en determinadas circunstancias determinadas personas (entre las cuales él mismo en papel distinto puede encontrarse en su caso) hagan eso o aquello. La forma lógica de visualizar una orden como tal es el imperativo. Las normas constituyen, por ende, imperativos, si las relacionamos con las vivencias psíquicas del legislador como jefe y como súbdito anticipado.

Nadie duda de la existencia de imperativos concretos, dados en innumerables casos por militares, funcionarios, padres, maridos, etc. He aquí el campo de las llamadas “normas individuales”⁽⁵⁵⁾. Estas órdenes pueden denominarse “pasajeras” o “fugitivas”⁽⁵⁶⁾. Ahora bien, cualquiera de los tres elementos del imperativo —el jefe, el súbdito, y la conducta ordenada— puede ser generalizado, sin que el imperativo pierda su carácter como tal. Luis XIV da órdenes a sus súbditos. La Asamblea Nacional da, en cambio, órdenes a Luis XVI. En un Estado democrático varios mandan a varias Lavando conductas. En la Lógica hay acuerdo de que puede haber imperativos generales⁽⁵⁷⁾ —el imperativo categórico kantiano es sin duda alguna general, que los imperativos pueden también revestir forma hipotética y que existen,

(55) Los partidarios de Kelsen enseñan que las normas generales pasan en la sentencia, el acto administrativo y el contrato a través de normas individuales (v. el mismo KELSEN, “La dottrina pura del diritto”, *Archivio Giuridico*, vol. 110, fasc. 2, 1933, nro. 32). Es muy difícil negar que estas normas individuales constituyan en muchos casos imperativos. Un cabo que manda a sus soldados avanzar, da una orden constitutiva de una norma individual. Sería difícil entender este hecho, si las normas generales fuesen única y exclusivamente juicios disyuntivos o hipotéticos, a no ser que se creyera en una generatio spontanea.

(56) Así BURLAMAQUI, *Elementos del Derecho Natural*, trad. de García Suelto, ed. 2ª, Madrid, Llorenç, 1837, p. 20; la obra misma data de 1774.

(57) HEINRICH MAIER, *Psychologie des emotionalen Denkens*, Tübingen, Mohr, 1908, ps. 635 a 640. Maier atribuye al Derecho carácter de imperativo hipotético (I. c., p. 681). Así también le conciben como de carácter imperativo SIGWART, *Logik* (ed. 3ª, Tübingen, Mohr, t. I, 1904, § 4, p. 18, nota); WUNDT, *Logik* (Stuttgart, Enke, t. II, 1883, p. 603); RICKERT (*Zur Lehre von der Definition*, I. c., p. 32).

igualmente silogismos volitivos ⁽⁵⁸⁾. Finalmente hay que admitir también imperativos de autores no nominativamente determinados. Ellos forman el Derecho consuetudinario.

Las objeciones que se han hecho, en este orden de ideas ⁽⁵⁹⁾, al imperativismo no son convincentes. En cuanto al jefe, se ha afirmado que tiene que ser forzosamente un individuo y que no lo puede ser una colectividad. Pero, en primer lugar, no se comprende que una comunidad puede conocerse a sí misma (Vilanova-Cossio), mientras que no puede realizar actos volitivos. En segundo lugar, no se puede olvidar que este argumento no se dirige solo contra el imperativismo jurídico, sino que igualmente habría de negar la existencia de cualquier producto anónimo de la comunidad, por ejemplo, del mito, de la moda, del lenguaje ⁽⁶⁰⁾, de las canciones populares. No se trata de una ficción sino de una brevilocución. No se desea atribuir una obra a un homúnculo misterioso sino dar a entender que se desconoce a los diferentes individuos que han colaborado en su confección. Ello nos conduce a una segunda objeción referente al jefe. Se mantiene que la subsistencia de un orden depende de la ininterrumpida duración de la vivencia volitiva en su persona. El Código Civil se hubiera por ejemplo volatilizado lo más tarde en el momento del fallecimiento de Vélez Sarsfield. Este argumento olvida lo que ya Hobbes estatuye y Austin repite ⁽⁶¹⁾: “El legislador no es aquel por quien la ley fue en un principio dictada, sino aquel por cuya autoridad ella continúa siendo ley”. O en otras palabras ⁽⁶²⁾: “La subsistencia de un imperativo, no depende de la continuada vida de la voluntad del que manda, sino de las continuas voluntades de los que obedecen, puesto que, siendo las voluntades entre los que mandan y los que obedecen (con tal que obedezcan) intercambiables, al obedecer sustituyen a la vez la voluntad impositiva. Fenómenos tan cotidianos como los testamentos se basan en este proceso: la última voluntad del testador es sustituida por la de los herederos, legatarios y albaceas, o, en caso de incumplimiento, por la de los órganos estatales”. Esta tesis solo sería ficticia ⁽⁶³⁾, si cada mandamiento y cada acto de obediencia tuvieran carácter de unicidad.

(58) MAIER, 1. c., p. 516; LAHTINEN, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen*, Helsinki, 1951, ps. 23 a 25, 159 y ss.

(59) P. ej. COSSIO, en *Rev. de la Fac. de D. y C. S.*, Buenos Aires, n. 19, ps. 445, 446.

(60) Cossio compara la obligatoriedad del Derecho con la del lenguaje: la necesidad mutua de entenderse es lo que hace al Derecho y al lenguaje “obligatorios” (v. en *Rev. de la F. d. D. y C. S.*, Buenos Aires, nro. 20, ps. 846 a 852). Por el otro lado sostiene Pufendorf (1. c. *Liber 4*, cap. 1, nros. 5 a 7, ps. 465 a 469) que el uso de las palabras en una comunidad se basa en un pacto que nos obliga a emplearlas de este modo. En realidad, aprendemos la propia lengua a fuerza de imperativos emitidos por padres, parientes y maestros, y garantidos por premios (en la casa paterna) y castigos (en el colegio).

(61) AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law* (ed. 13, London, John Murray, Part 1, Section 1, p. 141).

(62) V. nuestro estudio en *Rev. de Estudios Políticos*, nro. 49, p. 145.

(63) Así Esteban Imaz en su profundo estudio “La actualidad del alegato del fiscal von Kirchmann”, *La Ley* del 19/10/1951.

Pero la generalidad como característica de la ley (y en el supuesto de las normas individuales tampoco hace falta la subsistencia del imperativo) significa precisamente todo lo contrario: la fungibilidad de órdenes y acatamiento. Con respecto al *ordenar* mismo ⁽⁶⁴⁾ se alega que uno nunca puede mandar sobre una conducta ajena y que los partidarios de la tesis imperativista confunden orden y deseo. Pero en realidad la voluntad puede recaer sobre cualquier acto en el cual el volente cree poder tener influencia (que, por lo demás, puede también fracasar en cuanto a su propia actividad, como, por ejemplo, en el caso de una parálisis), mientras que el deseo se limita a los casos en los cuales el deseoso cree que carece de toda influencia sobre el desenvolvimiento de la cadena causal. Por el otro lado se afirma que la orden nunca obliga al que ordena, mientras que la ley vincula también al legislador. La refutación de este reparo se basa en el doble papel de los hombres que actúan como legisladores. “Princeps (= legislator) legibus solutus”. Como súbdito, el legislador queda sometido a la ley. Por último, y con respecto al destinatario de la orden, se ha aducido la sinrazón de hacer responsable a una persona ignorante de la orden o imposibilitada de obedecerle. Mas esta objeción mezcla un problema fenomenológico con otro axiológico. La orden es (como una carta) un acto recepticio: implica forzosamente a un destinatario. Pero a la orden (como tampoco a la carta) no le es de ninguna manera esencial ser realmente recibida por su destinatario. Piénsese en el célebre título de la novela de la Sra. Heyking, nieta de Bettina Brentano y de Achim von Arnim: “Briefe die ihn nicht erreichten”. Otra cuestión, completamente diferente y perteneciente a la estimativa jurídica, consiste en saber, si es justo o injusto hacer responsable a una persona por el incumplimiento de una orden que ignoraba o la cual no podía cumplir. Por lo demás es obvio que ello resulta justo, si el destinatario es responsable de la ignorancia o de la imposibilidad de cumplimentar la orden.

V.2.b.iii.3. La objetividad (= intersubjetividad) de nuestro resultado

Demostraremos, en primer lugar, la objetividad de nuestra tesis de la imperatividad del Derecho; y, en segundo lugar, la objetividad del doble juego de la norma, ora como juicio, ora como imperativo.

a) Carácter imperativo del Derecho

Ni que decir tiene que no es nuestro empeño confeccionar una lista completa de los partidarios de la tesis imperativista ⁽⁶⁵⁾. Por uno y otro motivo nos contentamos con analizar la actitud de tres grupos de autores: de los

(64) El mayor valor axiológico de la endonorma con respecto a la perinorma no explica la superfluidad del imperativismo (v. COSSIO, en Rev. de la Fac. de Der. y Cien. Soc., Buenos Aires, nro. 19, p. 449) sino el contenido y el condicionamiento de los diferentes imperativos.

(65) Véase ya la fórmula mediante la cual se propone al Senado romano dictar una ley determinada: “Velitis, iúbeatis hoc, Quirites, rogo”.

iusnaturalistas, de los ficcionalistas y de los fenomenólogos. Antes de entrar en materia quisiéramos dejar consignado que no conviene llamar a los imperativistas “racionalistas”. En efecto, según que enfoquen el acto psicofísico de la emisión de la orden o su sentido, el imperativo, ellos son realistas o idealistas; nunca son racionalistas y siempre son voluntaristas.

Con respecto a los iusnaturalistas se podría esperar un decidido anti-imperativismo. En efecto, existiendo un Derecho Natural parece que al hombre no quede por hacer sino descubrirlo por medio de su razón. Sin embargo, por muy discutidos que en la Escolástica estos problemas hayan sido, nunca se puso en duda la participación de la voluntad en el Derecho. Lo que sí se ventilaba con gran fervor era la acertada dosificación del elemento volitivo y racional en el Derecho ⁽⁶⁶⁾. La voluntad opera al determinar o sea concretar las abstracciones del Derecho Natural. El iusnaturalismo protestante ⁽⁶⁷⁾ basa igualmente el Derecho en un elemento volitivo. Trayendo a colación lo dicho, fácilmente se consigue enjuiciar la tesis de Kelsen (1. c., ps. 136 a 139) de que basta que el legislador vote la ley o que el juez firme la sentencia, sin que ninguno de ambos haya de tener el más mínimo conocimiento del contenido del acto. Aquí se confunde el aspecto psicológico y el jurídico; y dentro del psicológico se mezclan a su vez dos actos diferentes. La creencia en una voluntad químicamente pura —los griegos no poseen, ni siquiera un vocablo para designar algo semejante— implica una tesis metafísica: la voluntad como cosa en sí (Schopenhauer). Psicológicamente supone todo acto volitivo elementos cognitivos ⁽⁶⁸⁾. El acto volitivo de redactar una sentencia implica el conocimiento de su contenido; y el acto volitivo de firmar una sentencia supone el conocimiento de que lo que se firma, es una sentencia. El acto volitivo de firmar una sentencia no abarca, al contrario, con necesidad los elementos cognitivos inherentes al acto volitivo de redactarla. Por el otro lado y desde el punto de vista jurídico, cualquier elemento cognitivo o volitivo puede ser erigido por la ley en requisito indispensable de la validez de la sentencia.

(66) V. nuestro estudio: Francisco Suárez, renovador e innovador de las ciencias del Derecho (Córdoba, Universidad, 1951, ps. 33 a 36). —La armonía entre razón y voluntad impera también en la ética de Kant, según el cual la moral consiste en una voluntad dirigida exclusivamente por la razón (Kritik der praktischen Vernunft, Teil 1, Buch 1, Hauptstück 3).— Es todavía digna de mención la definición de Imerius: “Is enim demum legis lator jurisve conditor dicitur qui sic et prudentia floret et potestate viget” (Quaestiones de juris subtilitatibus, ed. Fitting, Berlin, 1894, 1, § 11, op. cit. por VASSALLI, “La mission du juriste dans l’élaboration des lois”, en Actes du Congrès Int. de Droit Privé, vol. 2 de la Serie L’unification du droit, Roma, 1951, p. 55).

(67) V., p. ej., PUFENDORF, 1. c. Liber I, cap. 6, nro. 1, ps. 87, 88, que distingue la ley basada en la voluntad, del consejo cimentado sobre la razón.

(68) Tanto es así que Lotze (Mikrokosmos, t. I, ed. 3, Leipzig, 1876, p. 289) polemiza contra una tesis que identifica el querer con el creer saber lo porvenir. Pero nadie duda de que la voluntad implica elementos cognitivos. V., p. ej., BRENTANO, Psicología (Madrid, Rev. de Occidente, 1935, cap. 1, §3, cap. 4, § 2).

Nuestro interés de convocar a los ficcionalistas como fedatarios de la tesis imperativista se basa en el hecho de que sus adversarios reprochan a los imperativistas a veces el uso de ficciones. La adhesión de los ficcionalistas a la tesis imperativista constituye, por consiguiente, un argumento *ad hominem*. El mismo Vaihinger⁽⁶⁹⁾, como sus discípulos, los juristas Mallachow⁽⁷⁰⁾ y Strauch⁽⁷¹⁾, atribuyen al Derecho carácter imperativo sin interpretar este análisis como una ficción⁽⁷²⁾.

El imperativismo de los fenomenólogos nos interesa, sobre todo, porque la fenomenología constituye una parte considerable de la base de la Teoría Ecológica. El propio Husserl⁽⁷³⁾ se limita a destacar el carácter personal del imperativo concreto que toma la expresión con el debe (o el tiene que), si se trata de dar una forma más objetiva a la intención de la voluntad propia o ajena. Husserl, al poner de relieve este momento intransferible del imperativo concreto, se basó probablemente en Sigwart cuyas ideas tenía bien presentes⁽⁷⁴⁾. Ahora bien, el mismo Sigwart⁽⁷⁵⁾ concibe las leyes como imperativos generales en los que el legislador se enfrenta con cada súbdito. Volvemos más abajo sobre esta opinión de Sigwart-Husserl cuya importancia consiste en constituir una aportación al doble carácter de la ley, ora como imperativo ora como norma. No obstante, el hecho de que nuestra interpretación posee una base, lo pone en evidencia el ejemplo de Reinach y el de la malograda Edith Stein. Reinach indica que al lado de las determinaciones de la ley se encuentran órdenes que las ejecutan⁽⁷⁶⁾. Edith Stein⁽⁷⁷⁾ desarrolla estas ideas. Cada determinación requiere, a fin de poder funcionar, una orden que la acompaña. El mismo hijo de Edmund Husserl, Gerhart

(69) Die Philosophie des Als Ob, ed. 4ª, Meiner, Leipzig, 1920, p. 71 (Parte 1ª, cap. 10).

(70) MALLACHOW, Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre (München, Rösl Verlag, 1922, p. 40).

(71) STRAUCH, Walter, Die Philosophie des Als-Ob und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft (München, Rösl Verlag, 1923, p. 17).

(72) Strauch sostiene que el Derecho es una ficción. Pero lo que pasa es que entiende por ficción cualquier acto volitivo, porque un tal acto no reproduce la realidad, sino que intenta modificarla. Contra esta terminología desorbitada ya me he dirigido en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, nro. 161, 1941, p. 648.

(73) Investigaciones Lógicas, Sexta Inv., §69, Madrid, Revista de Occidente, t. IV, 1929, p. 223.

(74) Husserl cita a SIGWART, I. c. § 6, p. 216.

(75) SIGWART, Logik, ed. 3ª, Mohr, Tübingen, t. I, 1904, §4, p. 18, nota.

(76) REINACH, Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil (Bosch, Barcelona, 1934, p. 173): "Aquí no queremos investigar si conforme a su sentido o realmente están vinculadas siempre con una determinación legal del legislador órdenes dirigidas a los órganos que la ejecutan, o a los sujetos de la comunidad jurídica. Pero ahora ya no puede haber duda alguna de que ambos actos son distintos, estén vinculados o no".

(77) STEIN, Edith, "Eine Untersuchung über den Staat" (en Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, t. VII, ps. 24 y ss., sobre todo p. 33). Las determinaciones, a fin de poder actuar, necesitan órdenes. Además, contiene cada ley una orden de obediencia. La interpretación, en cambio, abarca principalmente actos intelectuales: intenta conocer y no falsificar la voluntad del Estado (p. 35); no obstante, también los jueces emiten órdenes (p. 36).

Husserl, concibe el Derecho como la voluntad de los ciudadanos de la comunidad ⁽⁷⁸⁾.

b) Doble función de la norma

Vimos más arriba que la norma, según que la relacionemos con unas u otras vivencias de sus autores (legislador en el sentido de Hobbes), aparece o como un juicio imputativo disyuntivo o como un imperativo ⁽⁷⁹⁾. ¿Es esta doctrina sorpresivamente nueva? De ninguna manera. En el párrafo anterior acabamos de exponer las concepciones fenomenológicas que apuntan en esta dirección ⁽⁸⁰⁾. Pero también en el seno de la ciencia del Derecho no han faltado autores quienes han coincidido con este punto de vista. La conocida teoría de las normas de Binding ⁽⁸¹⁾ distingue entre la norma (mandamiento o prohibición) que es un imperativo y la ley penal. James Goldschmidt ⁽⁸²⁾ estatuye, en general, que la teoría de los imperativos es idónea para la captación del Derecho Material (concepción estática del Derecho), mientras que su visualización como medida valorativa es la que cuadra al Derecho Procesal (concepción dinámica del Derecho). Eberhard Schmidt ⁽⁸³⁾ distingue de manera semejante entre la norma en su función determinativa y valorativa ⁽⁸⁴⁾.

V.2.b.iii.4. Relación de la tesis desarrollada con la “teoría egológica”

En lo que sigue investigaremos brevemente la compatibilidad o incompatibilidad de las opiniones mantenidas en este capítulo cuarto, con las más destacadas doctrinas de Cossio.

(78) V. “Recht und Welt” (en Homenaje a Edmund Husserl, Halle, Niemeyer, 1929, ps. 121 y s.); *Der Rechtsgegenstand* (Berlin, Springer, 1933, § 140); *Bemerkungen zur Lehre von den sogenannten Doppelwirkungen im Recht* (separata, Atenas, 1934, Callergis, p. 702).

(79) Enseñamos ya la tesis de la doble función de la norma en “Comentarios acerca de la sistemática cossiana” (en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, R. A.*, 1945, año IX, nro. 3, ps. 395 y ss.) y luego en el *Sistema (...)*, t. I, 1948, p. 20.

(80) V. también la tesis de MARITAIN, Jacques, *Neuf leçons sur les notions premières de la philosophie morale*, 1949, Sección 6ª, de la distinción entre “norme pilote” y “norme commandement”.

(81) *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, ed. 2ª, 1890. V. MEZGER, *Strafrecht* (Duncker und Humblot, München, 1931, § 22, III, p. 185); Frank (*Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich*, Mohr, Tübingen, ed. 17, 1926, p. 4).

(82) *Der Prozess als Rechtslage* (Springer, Berlín, 1925, § 18, ps. 227 y ss.).

(83) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Strafrechts*, ed. 25, § 36.

(84) No mencionamos detalladamente a Kelsen, puesto que su enfoque de la simultánea existencia de normas prescriptivas —fácilmente despojables de sus comillas, según las acertadas palabras de Cossio (KELSEN-COSSIO, p. 142)— y de normas descriptivas, era el punto de partida de este capítulo. En cambio, sí merece algunas palabras la llamada Escuela de Uppsala (Lundstedt, Olivecrona, etc.). En ella se distingue entre imperativos propiamente dichos que suponen una relación personal entre el que manda y el destinatario de la orden, e imperativos libres; es decir no vinculados a determinadas personas. No obstante, los imperativos vinculados a los libres son aptos para provocar obediencia. Las leyes no son imperativos vinculados, mas sí son imperativos libres. V. LAHTINEN, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen* (Helsinki, 1951, p. 29). Como se desprende de lo dicho, no se trata de una tesis de la doble función de la norma sino de una justificación de la existencia de imperativos generales.

a) Con la crítica lógica del imperativismo

Cossio critica el imperativismo tanto desde un punto de vista psicológico como desde un ángulo visual lógico. En cuanto al primer aspecto ya nos hemos ocupado de sus agudas observaciones (cap. IV, 2, b. c', b"). En este lugar nos toca, pues, hacer frente a sus objeciones lógicas ⁽⁸⁵⁾.

El famoso catedrático de Buenos Aires demuestra que la norma no es un imperativo. Esta demostración se desenvuelve a base de tres argumentos. En primer lugar, Cossio explica que el juicio permite la conversión entre actos nominativos y predicativos; que el imperativo no lo permite, la norma, en cambio, sí, por lo cual la norma no es un imperativo. Luego sostiene, en segundo lugar, que la concepción del juicio como acto judicativo del que juzga no modifica el contenido del juicio, si bien enuncia algo nuevo; que análogo proceso de reiterada psicologización es hacedero en la norma; que, al contrario, ello no es posible con respecto al imperativo, puesto que este contiene ya de por sí la mención del que ordena y de su acto de ordenar, por lo cual la norma no es un imperativo. Por último, se pone de realce que los juicios son formalizables (S es P); que también lo son las normas (dado A, debe ser B); que, al contrario, el imperativo no lo es, ya que su esencia está en un problema material de sentido y que puede revestir cualquier forma lógica, por lo cual la norma no es un imperativo. Las observaciones agudas de Cossio merecen un extenso comentario especial ⁽⁸⁶⁾. En este contexto basta

(85) Ellas se encuentran en "Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica", Rev. de la Fac. de Der. y Cien. Soc., Buenos Aires, nro. 19, ps. 446 a 450; y en "Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl", *ibíd.*, nro. 23, ps. 220 y ss.

(86) La ley de la nominalización (v. sobre todo HUSSERL, Ideas, 1. c. § 119) se basa en la reciprocidad del análisis y de la síntesis. De "S es P" puedo pasar siempre a "SP" y viceversa. Ambas operaciones son privativas al juicio (tanto al enunciativo como al imputativo); en cambio, ellas son ajenas al imperativo. Hasta aquí —y ello es lo esencial—, Cossio tiene toda la razón. No le puedo seguir, al contrario, si da a entender que a esta ley lógica corresponde una ley lingüística, según, la cual en cualquier idioma positivo un juicio, a diferencia del imperativo, es sustantivizable. En primer lugar, este punto de vista no es importante a nuestros efectos. En segundo lugar, ninguna figura lógica con sentido individual (ni juicio, ni imperativo) es sustantivizable por ser todos los nombres (excepto los nombres propios) generales. En tercer lugar, un sustantivo puede en abstracto tanto connotar un juicio, como una norma, como un imperativo. Un limpiabotas puede ser una persona que limpia botas, como también una persona que debe limpiar botas, como por último una persona que recibe órdenes de limpiar botas. No se puede poner en duda esta última posibilidad. En este orden de ideas es curioso poner de relieve que en castellano existe una voz que significa a la par mandamiento y recibir (y cumplir) mandamientos. Me refiero al vocablo *la* y el *ordenanza*. Con respecto a la llamada reiterabilidad del juicio (tanto del enunciativo como del imputativo) y la irreiterabilidad del imperativo seguimos, en principio, a Husserl y a Cossio (v. nuestra nota 50). Sin embargo, quisiéramos dejar constancia de dos objeciones: 1ª) No creo en la ilimitada reiterabilidad del juicio enunciativo en sentido estricto. El juicio "S es P" puede ser reconducido a la judicación: "juzgo que S es P". Pero de allí no pasamos. Las reiteraciones consecutivas no conservan el contenido del juicio reiterado, porque introducen en él el momento temporal. En rigor debiera enunciarse: "juzgo que juzgué hace un instante que juzgué hace dos instantes (...) que S es P". Reiteraciones del juzgar presente chocan psicológicamente contra el principio de la estrechez de la conciencia (v. p. ej., JAMES, Précis de Psychologie, ed. 5ª, Paris, Rivière, 1921, cap. 13, ps. 281 y ss.) y no constituyen sino tautologías lógicas. 2ª) No creo en la reiterabilidad en sentido estricto del juicio imputativo. El juicio: "Debe ser que debe ser tal cosa" o es una mera tautología o utiliza el primer "deber ser" con sentido diferente del segundo,

advertir que la prueba de que el juicio imputativo hipotético o disyuntivo no es un imperativo, no desvirtúa nuestra tesis de que las proposiciones legales y consuetudinarias constituyen o juicios imputativos disyuntivos o imperativos, según que las relacionemos con las vivencias del actualizador del Derecho como juzgador anticipado o como jefe y súbdito anticipado.

Además de estos argumentos lógicos, solo enderezados a demostrar que la norma es un juicio y que no es un imperativo y no atentatorios, por consiguiente, a nuestro parecer de que la proposición puede contener ora el primero ora el segundo con arreglo a la luz con la que la iluminamos, Cossio formula aún otro pensamiento lógico que intenta demostrar la imposibilidad de estatuir imperativos adecuados a los propósitos del legislador (v. en "Rev. de la Fac. de Derecho y de Ciencias Sociales", Buenos Aires, nro. 19, ps. 448 a 450). El nervio del argumento se basa en el hecho de que la norma disyuntiva de Cossio prevé tanto la prestación del deudor como lo que debe ser en el supuesto de la no prestación, por lo cual el mandato resulta superfluo, porque con o sin orden se cumple igualmente en los hechos una de las dos situaciones de la alternativa. Esta penetrante observación resalta precisamente cuán necesaria es nuestra distinción entre norma dirigida al juzgador e imperativo dirigido al súbdito. El juicio indica al juzgador exhaustivamente lo que debe ser, dada cierta situación: o la prestación, o (en el supuesto de su ausencia) la sanción. Pero los imperativos dirigidos al súbdito le mandan en momentos diferentes conductas bien diversas. El imperativo ordena, por ejemplo, al inquilino pagar el día del vencimiento o, en caso contrario, tolerar el desalojo. En cada una de estas dos hipótesis actúa el inquilino con plena libertad, obedeciendo o desobedeciendo al imperativo ⁽⁸⁷⁾.

b) Con la concepción egológica del Derecho

Creemos que el móvil principal de la resistencia de la Escuela Ecológica contra el imperativismo en cualquiera de sus formas reside en su concepción del Derecho. En efecto, siendo el Derecho conducta y siendo las normas entes lógicos y, por consiguiente, no siendo Derecho, la única manera de explicarlas consiste en concebirlas como conocimiento del Derecho. Como los entes lógicos idóneos para la cognición son los juicios, y no lo son los imperativos, las preguntas, los deseos, las suposiciones, etc., por ende, las normas habrían de ser forzosamente juicios (si bien juicios imputativos) y no podían ser imperativos. O, dicho de otro modo: Se opina que la doctrina de

p. ej. el primero en el sentido de justicia, y el segundo en el de legalidad. En cuanto, por último, a la formalizabilidad del juicio y del imperativo, nos remitimos a la nota 50.

(87) La dificultad de construir la facultad dentro del sistema imperativista a la que Cossio igualmente alude (1. c., ps. 448 y 449) se resuelve con relativa facilidad dirigiendo a la parte contraria de la facultad un imperativo, condicionado por su ejercicio, de obedecer a la persona facultada.

que el Derecho posee carácter imperativista nos lleva a análogo racionalismo que la tesis de que el Derecho es un conjunto de normas.

Planteando el problema de esta manera resulta que existen diversas posibilidades de compaginar el imperativismo con la doctrina cossiana del Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva. Al efecto de exponerlas con la mayor claridad posible, es menester distinguir entre el imperativo como ente lógico —a imagen y semejanza del juicio, de la pregunta, del ruego, del deseo, de la suposición, etc.— y el acto de dar órdenes.

El imperativo como ente lógico no puede ser, por esta precisa razón, Derecho. Pero cabría concebirlo como conocimiento del Derecho. Ello a su vez puede realizarse de doble manera: 1) Se podría sostener que el imperativo es conocimiento de la conducta en su libertad. De cierto modo el imperativo se presta a esta función mejor que el juicio imputativo disyuntivo (v. nota 44). 2) También es imaginable alegar que, aunque el imperativo no conoce la conducta adecuadamente, cumple, sin embargo, una función cognitiva auxiliar a semejanza a, como por ejemplo en la Aritmética la desempeñan los números negativos o imaginarios.

Por la otra vertiente ⁽⁸⁸⁾ es hacedero estatuir que el acto de dar órdenes constituye una conducta (como, por lo demás, también la constituyen los

(88) V. ya el resumen de nuestra conferencia en la revista Sarmiento (Tucumán, nro. 2, ps. 9, 10) y nuestro artículo: "La naturaleza del Derecho y sus problemas" (en Revista de Estudios Políticos, Madrid, nro. 49, 1950, ps. 150 a 152). A fin de disipar todas las dudas resumimos en lo siguiente de nuevo los diferentes conceptos: El acto de mandar es un acontecimiento psicofísico por tratarse de un acto recepticio. He aquí la diferencia con el acto del juzgar que puede ser meramente psíquico, puesto que no es recepticio. El preguntar es otro ejemplo de un acto recepticio; el suponer, ejemplo de acto no recepticio. Cualquiera de estos actos puede contener la emisión de oraciones, o sea de proposiciones verbales. Se discute, si el acto de juzgar reviste necesariamente forma verbal. Los actos de mandar y de preguntar pueden, desde luego, servirse de otra materia, como de simples gestos. En cualquiera de los actos mencionados anida un ente lógico. Este ente lógico es el imperativo, el juicio, la pregunta, la suposición. El contenido del ente lógico puede ser individual o general. En el primer caso su única actualización se efectúa en el acto correspondiente; en el segundo se da una verdadera transmigración de alma y el mismo ente lógico puede animar innúmeros actos. Las oraciones que pueden integrar el acto son susceptibles de ser consideradas aisladamente. En este supuesto es posible que contengan entes lógicos diversos que el acto contemplado en su totalidad. Así puede ser que un acto que abarque una pregunta verbal contenga o realmente una pregunta o un imperativo o un juicio. Por esta razón es preciso que, si solo nos encontramos con oraciones, reconducirlas a sus actos correspondientes a fin de descubrir su verdadero significado. Ahora bien, tratándose de oraciones generales (ver nota) en el sentido de pretender múltiples aplicaciones, es posible que dichas aplicaciones sean de diversas clases y diversas, por consiguiente, las especies de actos fundantes. Piénsese p. ej. en que una persona lea los "Viajes de Gulliver" considerándolos un "cuento de hada", y otra enfocándolos como una sátira política del tiempo de su autor; o en que una persona lea una poesía de Goethe como obra lírica y otra como documento autobiográfico. A este efecto interesa, pues, que la ley puede ser contemplada o como enjuiciamiento de las conductas dirigido al juzgador o como congerie de órdenes impartidas por autoridades y destinadas a los súbditos. En la primera hipótesis los entes lógicos implicados son juicios, en la segunda imperativos. Norma e imperativo son ambos entes lógicos. El imperativo es el sentido lógico de la orden dentro de sus límites subjetivos de dador y receptor de la misma. La norma es la captación del imperativo de parte de un tercero considerándolo a la vez como legítimo. He aquí la diferencia entre la norma y el juicio comprobatorio de que A ha ordenado algo a B. Nota: "General" puede ser, por lo menos, o = dirigido a muchos destinatarios (orden del día

actos de emitir juicios, de preguntar, de rogar, etc.) y, además —y ello a diferencia del acto de emitir juicios—, una conducta en interferencia intersubjetiva. Desde este punto de vista, el Derecho (= lo jurídicamente relevante) abarca todas clases de conductas en interferencia intersubjetiva, y, entre ellas, las conductas consistentes en dar órdenes, en cumplir órdenes y en dar ejemplo sin haber recibido órdenes. Las últimas tres especies abarcan lo que yo llamo “conducta directiva” o “conducta ejemplar”, perteneciendo a la primera el Derecho legislado y a la última el Derecho consuetudinario.

c) Con la concepción egológica de la relación entre norma y conducta

La Escuela Ecológica afirma que las normas son los conceptos por medio de los cuales conocemos las conductas en su interferencia intersubjetiva. La interpretación no recae sobre las normas sino sobre las conductas: ellas han de ser interpretadas a través de las normas. La vivencia de la contradicción impedirá al juez a infringir las normas.

Si se acepta la solución propuesta en este trabajo (IV, 2, b), lo dicho sigue incólume con respecto al juzgador (1. c. c', a"). Nuestra tesis puede inclusive facilitar la concepción egológica de indudables prácticas interpretativas. Hay casos en los que aún los jueces más adictos a la nueva doctrina recurren a la “voluntad del legislador” y a interpretaciones historicistas de todas clases⁽⁸⁹⁾. Desde nuestro punto de vista ello puede recibir una explicación egológica correcta. El juez no ha de interpretar solamente las conductas implicadas en el juicio sino igualmente las conductas directivas, y todas ellas a través de las normas. Este hecho salta a la vista, si se trata de Derecho consuetudinario. El Derecho legal no ofrece una excepción. Si un juez restringe el sentido de una norma invocando la intención del legislador primitivo, lo que el juez hace es interpretar la conducta del legislador histórico en el acto de dar la norma a través de la misma.

La discrepancia entre nuestro punto de vista y la tesis ortodoxa parece más radical en el supuesto del súbdito. Cossio ha rechazado siempre la concepción tradicional de que la representación del contenido de la norma puede operar como móvil de su conducta, o sea ha negado que el súbdito sea obediente o desobediente. En esta materia Cossio ha resucitado la mo-

en un ejército); = con extensión lógica comprensiva de muchos casos particulares en cada uno de los cuales una parte de la extensión de la regla se cumple (el calor dilata los cuerpos); = pretencioso de muchas actualizaciones en su totalidad (cualquier obra musical, dramática, etc.). El tercer sentido de “general” supone actos realizadores, el segundo, en cambio, no los supone forzosamente. Una regla jurídica prevé en su extensión también actos, pero una ley de la naturaleza meramente hechos.

(89) V., p. ej., la sentencia de la CNac. Civ. del 13/12/1951 (“Gamarra de Lyde, Ismenia c. La Superiora, S. A.” en La Ley del 24/6/1952), especialmente interesante por proceder de Agustín Alsina, Podetti y Fernández Funes que, en otra ocasión, habían dictado sentencias completamente egológicas (v., p. ej., la sent. del 27/2/1951 referente al art. 450 inc. 8 del Código Civil, reproducida en la Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, nro. 26, ps. 1221 y ss.).

ral intelectualista de Sócrates ⁽⁹⁰⁾. El legislador conoce la realidad, por regla general dinámicamente, es decir antes de que los hechos de la experiencia sean como la ley lo enuncia; excepcionalmente estáticamente en el caso en el que el legislador convierte en ley una costumbre ya existente. Toda norma jurídica legislada es conocimiento jurídico reflexivo en cuanto que el legislador asume el todo de la situación objetiva por él mismo vivencialmente intuita al normar. ¿Cómo se explica entonces que la conducta de los súbditos se altera al tenor de la nueva ley? Ello se comprende, si se tiene en cuenta de que la conducta se integra con el pensamiento normativo de sí misma que le da sentido emocional y que restringe la libertad de acción. Así se modifica la conducta por creación (y no por causación, mejor dicho: motivación, como dirían los imperativistas). El súbdito actúa en frente de una nueva ley a imagen y semejanza a como cualquier persona se comporta al enterarse de un descubrimiento médico, digamos, referente al peligro dimanante de determinados alimentos. Consciente a partir de ahora de este peligro cambiará su conducta, so pena de incurrir en una vivencia de contradicción. Con esta doctrina de Cossio no es, desde luego, compatible la tesis imperativista esbozada. Otra cosa diferente es, si dicha doctrina ha de considerarse como parte esencial de la Teoría Ecológica.

d) Con la concepción ecológica de la ciencia del Derecho y de la Lógica Jurídica

Cossio ⁽⁹¹⁾ sostiene que la distinción entre norma y regla del derecho es superflua, porque tanto el órgano como el jurista, al pensar sobre el Derecho, que es conducta, lo hacen con normas: la concepción de ambos es igualmente normativa hasta la identidad ⁽⁹²⁾. Para captar la diferencia entre el hacer específico del órgano y el del jurista no hay que atender a la idéntica cosa que ambos hacen sino a quién la hace. Y, siguiendo a Vilanova, Cossio estatuye la siguiente diferencia: “Las normas que salen de la mente del órgano se presentan como vigentes o eficaces en sí mismas —y aunque en verdad no lo fueran, como ocurre si nacen muertas o caen en desuso, así igualmente se presentan—, porque la mención intencional de la norma de un órgano a la conducta toma contacto de modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho, en cuanto que es una conducta que se conoce a sí misma pensándose como conocimiento e intuyéndose como hecho. En cambio, las normas que salen de la mente

(90) V. COSSIO, “Las posibilidades de la lógica jurídica”, 1. c., ps. 233 y ss.; y en “Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica”, 1. c. nro. 10.

(91) KELSEN-COSSIO, ps. 125, 126, 131.

(92) Como se verá, admite Cossio, pese a esta formulación, una verdadera diferencia entre la actividad del legislador y del jurista científico, ya que la diferencia entre el uno y el otro no se constituye sino en función de su actividad. Volcar todo el peso sobre el aspecto personal, habría expuesto la tesis de VILANOVA-COSSIO a análogas objeciones a las que se hicieron fundadamente a la doctrina realista norteamericana al intentar definir el Derecho como actividad del juez (v. KANTOROWICZ, “Some Rationalism about Realism”, Yale Law Journal, 1934, ps. 1240 a 1253).

del jurista toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación, esta vez efectuado por el jurista que intuye el hecho de los órganos o sus rastros y, por encima de todo, que intuye el comportamiento de los hombres que viven el Derecho al cual el jurista se refiere”. Todo ello es exacto en cuanto el legislador actúa como juzgador anticipado, puesto que un juzgador anticipado es igual al jurista teórico que ha de contentarse con meros esquemas de casos en ausencia de los casos concretos dados solo al juzgador real ⁽⁹³⁾. No obstante, entre legislador (inclusive en su papel de juzgador anticipado) y el jurista teórico (y también el juzgador real) existe la siguiente diferencia: El legislador no interpreta su propia conducta de legislar, mientras que el jurista teórico y el juzgador han de incluirla en la congerie de conductas a interpretar. Este caso precisamente es el que ha dado lugar a la formulación tradicional del fenómeno hermenéutico la cual enuncia que se interpreta la ley. Como se ve, inclusive interpretando la ley en sentido restringido (conforme a la *mens legislatoris*), lo que se interpreta es la conducta originariamente creadora de la ley a través de ella.

La ciencia de las normas jurídicas lleva, en rigor, el nombre de “Lógica Jurídica”.

VI. ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL DERECHO

La distinción entre Estática y Dinámica obedece, en el ver de Kelsen, a la posibilidad de contemplar el Derecho en estado de reposo como un sistema de normas, o en movimiento como un conjunto de actos jurídicos de creación y ejecución del ordenamiento. Kelsen expuso esta tesis (Kelsen-Cossio, 1. c ps. 33 a 40) a fin de incorporar de cualquier manera las conductas a la órbita del Derecho. Pero quedándose en la mitad del camino, dio lugar a la objeción fundada de Cossio de que escindía la unidad ontológica del Derecho, concibiéndolo como una yuxtaposición de entes irreales (las normas) y reales (las conductas de creación y aplicación de normas). Ante esta embestida Kelsen, como era de esperar, no se atrevió a sacrificar el elemento irreal del Derecho, sino que echó por la borda la parte real que, en vía de transacción, acabó de acoger. En este sentido el jefe de la Escuela de Viena identifica la estática con el Derecho Material y la Dinámica con el Derecho Procesal (Kelsen-Cossio, p. 150).

Como en este contexto no nos interesa una distinción posible entre estática y dinámica del Derecho ⁽⁹⁴⁾ sino única y exclusivamente, si Kelsen re-

(93) Sobre estas diferencias v. nuestro trabajo: “Los juristas y sus preguntas”, 1c.

(94) La concepción estética y dinámica del Derecho, esbozada por James Goldschmidt (Prozess als Rechtslage, § 18, ps. 227), no escinde el Derecho desde el punto de vista ontológico, sino que constituye una teoría de la doble función lógica de la norma (v. nota 82). James Goldschmidt adscribe la teoría imperativista (de la que, por lo demás, da la mejor exposición que conozco: ps. 229 a 245) al

suelve el problema ontológico del Derecho, basta decir que nos adherimos por completo a las acertadas observaciones de Cossio. En la primera edición Kelsen defiende una solución ecléctica insostenible del problema ontológico; en la segunda abraza de nuevo el racionalismo tradicional.

VII. CONCLUSIONES

Tres preguntas hemos de contestar en estas conclusiones. La primera desea saber, si Cossio tiene la razón con respecto a Kelsen. La segunda —ya dijimos que en este pleito no rige el brocardo: *ne eat iudex ultra petita partium*— quiere indagar, si Cossio acierta con respecto a las demás corrientes iusfilosóficas. La tercera, por último, anhela averiguar si Cossio posee la verdad en sentido absoluto.

1) De lo que antecede es evidente que, según nuestro parecer, Cossio está en lo cierto con respecto a Kelsen en todos los puntos controvertidos. El axioma: “lo que no está prohibido, está permitido”, no posee solo una función lógica, sino que reviste importancia ontológica. Intuimos el Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva. La “Teoría Pura del Derecho” es exclusivamente Lógica Jurídica. No es cierto que la ley contenga solo prescripciones; la ley comprende también juicios imputativos. No es posible concebir el Derecho como una yuxtaposición de entes ideales (normas) y entes reales (conductas de creación y aplicación de normas).

2) La “Escuela Ecológica” es en la actualidad el cuerpo de doctrinas iusfilosóficas más importante en el sentido de que ninguna otra corriente comprende con tanta amplitud y tanta profundidad los problemas iusfilosóficos y las enseñanzas jurídicas y filosóficas.

3) Ahora bien, nuestro espíritu, en su condición “carnal”, apetece la verdad, pero aún en el caso más afortunado solo avanza en el camino hacia la verdad. Por esta razón no debemos considerar ninguna tesis, adoptando la profunda distinción de Gabriel Marcel, como parte de nuestro patrimonio (*avoir*) sino como integrando nuestro ser (*être*), sometida ella continuamente a nuevos exámenes y sucesivas precisiones. El pensador, dice Marcel ⁽⁹⁵⁾,

Derecho Material; y opina que la visualización de las normas como reglas decisorias de controversias es propia al Derecho Procesal. Y como el primero es estático y el segundo dinámico, se extienden estas caracterizaciones a las sendas concepciones de normas. En otro sentido todavía habla Spengler (*Der Untergang des Abendlandes*, München, Beck, t. II, ps. 95 a 98) de estática y dinámica jurídica. Spengler afirma que los conceptos jurídicos de los romanos que aún hoy en día gravitan sobre nuestra ciencia jurídica, son conceptos de substancia, mientras que necesitamos conceptos funcionales, todo ello en el sentido de la conocida obra de CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, 1910. Acerca de los estático y dinámico en Kelsen v. también Gioja, “Zur Problematik der reinen Rechtslehre” (*Oesterreichische Ztschrft. f. Oeffentliches Recht*, t. VI, cuaderno 2, 1954, ps. 251 a 253).

(95) “Esquisse d’une phénoménologie de l’Avoir” (en *Recherches Philosophiques*, t. III, 1933-34, ps. 58 y ss., sobre todo p. 69).

a diferencia del doctrinario ⁽⁹⁶⁾, está perpetuamente en guardia contra esta enajenación, esta petrificación posible de su pensamiento: permanece en un estado perpetuo de creación y todo su pensamiento está en todo momento puesto a prueba. En toda Escuela —y también en la Escuela Ecológica— se toman fácilmente las doctrinas básicas como puertos de arribo; y se invierte la energía o en sacar conclusiones o en combatir a opiniones equivocadas. Pero, aunque todo ello es muy importante, también lo es continuar la tarea de afinar las mismas doctrinas básicas. Nuestra modesta reseña, concebida en la “sombra de los titanes”, quisiera iniciar, en el seno de la “Escuela Ecológica”, esta “crisis de fundamentos” ⁽⁹⁷⁾ que nos parece garantía de su continuada fertilidad y pujante expansión. La “Escuela Ecológica” está merecidamente a la cabeza del movimiento iusfilosófico del mundo. Para permanecer en su puesto, no ha de olvidar que también “*the price of truth is eternal selfvigilance*”.

(96) A él pueden aplicarse los versos de GOETHE, “West-östlicher Divan” (Hafis Nameh): “Dein Lied ist drehend wie das Sternengewölbe, Anfang und Ende immerfort dasselbe”.

(97) “Das Niveau einer Wissenschaft bestimmt sich daraus, wie weit sie einer Krisis ihrer Grundbegriffe fähig ist” (Heidegger, Sein und Zeit, p. 9).

KELSEN - COSSIO (*)

Por Fausto E. Rodríguez García

La Editorial Guillermo Kraft Ltda. nos presenta con este volumen la versión castellana, preparada por el doctor Carlos Cossio, del texto definitivo de las Conferencias dictadas en francés por Hans Kelsen, en 1949, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y que próximamente será lanzada a la luz pública en lengua francesa, por la misma casa editora. Dicho texto aparece complementado en este libro con el Comentario o Balance que, sobre la visita de Kelsen a la Argentina, ha escrito el mencionado jurista sudamericano, y que incluye el profundo diálogo sostenido, al margen de dicho Curso, entre Kelsen con su Teoría Pura por una parte, y Cossio con su Teoría Ecológica por la otra; coloquio que sin duda pasará a la historia de la Filosofía del Derecho como “la polémica de Buenos Aires”, por las trascendentales consecuencias, que en el campo de la reflexión jusfilosófica, habrá de tener en los años inmediatos.

Kelsen ha reafirmado, en cuatro enjundiosas lecciones, el perfil vigoroso de su postura frente a los fundamentales problemas planteados en su Teoría Pura, que tan colosales reacciones —sobre todo, la ecológica— ha provocado desde su nacimiento a la vida científica. En estas conferencias, Kelsen nos ofrece no pocas aclaraciones y reconsideraciones, en relación con algunos aspectos de su doctrina que hasta hace poco resultaban confusamente tratados. Comienza el célebre jusfilósofo austríaco por abordar el problema de definir lo que constituye *el objeto* de la Ciencia del Derecho. Para ello, se ve en la necesidad de ubicar debidamente esta disciplina dentro del conjunto de las ciencias sociales, y de subrayar las diferencias esenciales que el Derecho, como ciencia socio-normativa, tiene frente a las ciencias naturales. Este planteamiento lo embarca en una larga exposición sobre los principios de *causalidad* y de *imputación*, que respectivamente fundamentan el conocimiento causal y el normativo. Dentro del principio de imputación, Kelsen nos explica cómo, para concebir al hombre en su li-

(*) Reseña del libro *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría ecológica y teoría pura*. Editorial Guillermo Kraft, Limitada. Buenos Aires, 1952; 161 ps., publicada en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, nro. 9, 1953, ps. 215-219.

bertad, no se hace necesario, y ni siquiera es posible, exceptuarlo del determinismo causal, sino que basta “interpretar la conducta humana en tanto que determinada por normas según leyes sociales” (morales, jurídicas o religiosas). No hay tal incompatibilidad entre necesidad y libertad, en relación con el humano comportamiento. El hombre es libre, dice Kelsen, porque es el punto final de una imputación, a despecho de la causalidad. Esta es, según él, la explicación no metafísica, sino racionalista de la libertad. Y termina el primer capítulo subrayando que la forma gramatical del principio de imputación es siempre la de “que en ciertas condiciones debe seguir una determinada consecuencia”, frente a la forma categórica de mandato que sostienen los imperativistas.

El segundo capítulo constituye un ensayo de captación de la *esencia* del Derecho, en *tanto* que objeto de la Ciencia del Derecho. Para Kelsen, el Derecho, como objeto de conocimiento, ofrece dos aspectos: uno *estático*, es decir, el Derecho concebido en reposo, como un orden sistemático de preceptos jurídicos ya establecido, sin atender a los actos creadores o de aplicación del mismo, en una palabra, el Derecho como *norma* determinante de la conducta de los hombres; y otro *dinámico*, es decir, el Derecho considerado en su movimiento “a través del proceso de su *creación* y de su *aplicación*”, en una palabra, el Derecho como *conducta* humana determinada por la norma. Destaca Kelsen el acierto de la Teoría Ecológica, a la que reconoce el mérito de haber sido la primera en mostrar la importancia del axioma ontológico “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, y cuya verdadera significación, dice el jurista vienés, es la de que no hay conducta humana que no esté, de modo directo o indirecto, jurídicamente determinada (en sentido normativo), bien como *prescripción*, bien como *prohibición*, o bien simplemente como *permisión*; en otros términos, esto es lo que se quiere connotar cuando se afirma que “el Derecho no tiene lagunas”. Pero de esto, afirma Kelsen, no podemos concluir que el Derecho sea mera conducta humana, ya que esta, si no está referida a la norma jurídica en tanto que determinada por ella, no tiene relevancia jurídica alguna y, en tal caso, podrá ser objeto de otras ciencias como la Sociología, la Psicología, etc., pero jamás de la Ciencia del Derecho. Estática y dinámicamente pues, la esencia del Derecho como objeto de su ciencia particular es su ser *normas*, creadas y aplicadas por la Comunidad jurídica a través de sus órganos. A continuación, explica Kelsen cómo la presuposición de la *norma fundamental*: Debemos comportarnos de la manera prescripta por la primera Constitución, es la que confiere, en última instancia, la calidad de jurídicos a determinados actos de la humana conducta, y sin la cual no habría ni ciencia del Derecho ni interpretación jurídica.

Uno de los aspectos novedosos de la Teoría Pura que Kelsen ha desarrollado en sus Conferencias de Buenos Aires, es la distinción que el jurista vienés establece entre *norma jurídica* y *regla de derecho*, distinción cuya

aclaración se la ha impuesto la crítica, en particular de la Teoría Ecológica, como él mismo lo ha confesado en este cursillo. En este respecto, dice: “Las normas jurídicas como objeto de la ciencia del Derecho son función de las autoridades jurídicas competentes, o, para decir lo mismo, función de la comunidad jurídica. Las reglas de derecho (en el sentido descriptivo de la palabra) son la función de la ciencia del Derecho, en tanto que acto de conocimiento (...). [L]as normas jurídicas creadas y aplicadas en el curso del proceso del Derecho, no son juicios, no son de ninguna manera la función de actos de conocimiento; son la función de actos de voluntad”. En esta situación, considera Kelsen que no tiene sentido predicar de una norma jurídica —acto de voluntad— que sea *verdadera* o *falsa*, ni de una regla de derecho —acto de conocimiento— decir que sea *justa* o *injusta*, sino a la inversa. La función esencial de la norma jurídica es crear Derecho; la función de la regla de derecho es conocer. Kelsen da a entender, y así lo dice expresamente, que la regla de derecho tiene la forma lógica de un juicio hipotético, mientras que la norma jurídica como acto creador, como acto de voluntad, puede muy bien expresarse categóricamente en forma de imperativo (aquí, la Teoría Ecológica llama la atención en el sentido de que, con esta afirmación, Kelsen desvirtúa lamentablemente su magistral crítica al *imperativismo*, que es uno de sus más relevantes méritos). Las reglas de derecho guardan pues, con las normas jurídicas, la misma relación de concepto a objeto que las leyes de la Naturaleza respecto de la realidad natural, son el instrumental lógico de la ciencia del Derecho, y en este sentido puede decirse que la regla de derecho es una ley social.

A continuación, hace Kelsen la crítica a la postura del Derecho natural diciendo que ofrece una interpretación socio-normativa de la Naturaleza, pues al ignorar la corriente jusnaturalista la diferencia existente entre Naturaleza, como objeto de la ciencia natural, y Derecho, como objeto de su ciencia específica, pretende otorgar a las leyes naturales la categoría de reglas de un derecho natural. A propósito de la distinción entre Moral y Derecho, dice Kelsen que ninguna significación moral predicar las reglas de derecho al utilizar la expresión “debe”, al tenor de las reglas de moral, pues el hecho de que el órgano de la Comunidad impute una determinada consecuencia a una cierta condición, es independiente de la moralidad o inmoralidad que resulte de tal imputación. Ambos, Derecho y Moral, son órdenes sociales diversos, y es precisamente en esta diversidad que se finca la posibilidad de decidir sobre la justicia o injusticia encarnada por el primero, juzgándolo a la luz del segundo. Esta diversidad radica en el contenido de la conexión imputativa implícita en la copulación “debe”, común a ambos órdenes sociales, a saber: en el Derecho, la consecuencia imputada a su condición es una sanción, es una coerción socialmente organizada, mientras que en la Moral no hay tal sanción.

Los dos postreros capítulos de este libro están dedicados, por Kelsen, a mostrar al Derecho como un orden compulsivo, frente a los demás órdenes sociales que no tienen esta nota. El Derecho se caracteriza por ser una específica técnica social para promover la paz. Este es el valor y el fin del Derecho: procurar la paz en las relaciones sociales mediante la promoción de cierto tipo de conductas favorables, a través de la represión con sanciones de las conductas opuestas. “El Derecho establece un monopolio de la fuerza a favor de la Comunidad jurídica”, y desde este punto de vista todo acto de conducta humana que signifique el empleo de la fuerza debe interpretarse bien como *sanción*, o bien como condición de una sanción, es decir, como *transgresión*. El modo típico de expresión de la norma jurídica es el del establecimiento de una sanción para la conducta opuesta a la que se trata de prescribir como debida. Es por esto que las normas penales jamás se formulan en el sentido de prohibir expresamente los delitos, sino que simplemente los tipifican y luego establecen penas para las conductas que caen dentro del supuesto delictivo.

De acuerdo con todo lo anterior, desemboca Kelsen en la cuestión de definir la *obligación jurídica*, que difiere mucho de la obligación moral. El contenido de la obligación moral coincide siempre con la conducta prescrita por la norma moral como debida, de tal manera que la obligación moral consiste en el cumplimiento de la *conducta prescripta*; en cambio, el contenido de la obligación jurídica está determinado por la conducta cuya contraria constituye la condición de una sanción, y si el legislador establece una norma que prescribe determinada conducta como debida, sin enlazar un acto de coerción como sanción a la conducta opuesta, no establece con dicha norma una obligación jurídica, sino lo que los romanos llamarían una *obligatio naturalis*. Ahora bien: “Lo que pertenece a la esencia misma del Derecho es que las sanciones estén estatuidas. No es esencial que las sanciones estén estatuidas como obligaciones jurídicas”; es decir, no es necesario que la conducta opuesta a la establecida como sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto de coerción como sanción. “La expresión ‘se debe’ pone en juego la idea de la imputación, en contra de la de causalidad (...), pero no la idea de la obligación”.

Finalmente, nos explica Kelsen el concepto de *transgresión* como la conducta *contraria a la prescripta* por la norma jurídica secundaria, o bien como la conducta establecida como condición de la sanción, según la formulación que se dé a la regla de derecho; y distingue las nociones de *responsabilidad jurídica* y de *obligación jurídica* diciendo que el individuo “en el caso de la obligación, es el sujeto de su propia conducta; y en el caso de la responsabilidad, es el objeto de la conducta de un tercero, del órgano estatal que contra él dirige la sanción”.

Hasta aquí, lo sostenido por Hans Kelsen en sus Conferencias.

A continuación, se nos ofrece, en el volumen que reseño, el “Balance de la visita de Kelsen a la Argentina”, preparado por el doctor Carlos Cossio; comentario que ya había sido publicado ampliamente con anterioridad, en diversas revistas jurídicas de mundial prestigio, no solo en castellano sino además en alemán y en portugués.

Comienza Cossio por señalar las concordancias fundamentales de pensamiento entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica, relativas a: a) *El axioma ontológico*: “Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”; y b) *La Lógica del deber ser*, esto es, la confirmación sobre el valor que de Lógica Jurídica Formal ha atribuido siempre la Ecológica a la Teoría Pura *stricto sensu*, con el siguiente contenido doctrinario: “pureza metódica como el plano de la imputación, teoría de la norma como analítica de las partes, teoría del ordenamiento como analítica del todo y teoría de los dualismos científicos como dialéctica del pensamiento jurídico”.

Antes de abordar Cossio las discrepancias fundamentales de la Teoría Ecológica con la Teoría Pura, nos ofrece un panorama de lo que él llama “Los tres protagonistas y sus problemas” en el drama de Buenos Aires, que preparan el ánimo y la atención del lector en la apreciación del choque polémico que más adelante va a presenciar. Manifiesta Cossio que, versando inicialmente las discrepancias sobre dos o tres puntos básicos, la discusión quedó reducida posteriormente, tras de algunas respectivas aclaraciones de pensamiento, a uno solo, que el jusfilósofo argentino nos presenta dividido en tres problemas, a manera de diálogo con Kelsen: a) *La intuición del Derecho*, tesis ecológica; b) *Norma y regla de derecho*, y c) *Estática y Dinámica del Derecho*, tesis kelsenianas.

El primer problema lo plantea la Ecológica a Kelsen por considerar que este ha escamoteado, dándola por pretemáticamente resuelta, la aprehensión de la realidad jurídica como objeto de la ciencia del Derecho. Cossio hace una exposición de la tesis ecológica al respecto, con la que trata de mostrar, fundamentalmente, cómo es posible determinar ópticamente el objeto jurídico —deslindándolo del campo de lo a-jurídico— por la intuición de la conducta humana en su libertad, sin que para ello se haga necesario recurrir a la norma. *El Derecho*, como objeto de conocimiento, *es conducta humana en interferencia intersubjetiva*. He aquí la afirmación fundamental de la Teoría Ecológica; conclusión a la que esta llega partiendo, metodológicamente, de una fenomenología existencial de la cultura, cuyo desarrollo es bien conocido de nosotros. Kelsen ha objetado inmediatamente este punto de partida de la Ecológica calificándolo de “metafísico”, pues no admite el jurista vienés que la libertad sea un ente con existencia real, ya que supone una excepción sin base al principio del determinismo universal. Cossio objeta a su vez a Kelsen el sustituir una metafísica por otra, la libertad por el determinismo, así como el hecho de que él mismo se ve obligado a hablar de libertad, al convenir en que la ciencia del Derecho no es una ciencia natural.

Por esta vertiente, se desliza el diálogo, que adquiere matices muy sugestivos, pero sin llegar hasta sus últimas consecuencias sobre el problema.

Después, el diálogo toma cuerpo a propósito de la distinción que Kelsen establece entre norma y regla de derecho, para caracterizar las tareas propias del órgano de la Comunidad jurídica y del jurista, como creador y científico del Derecho, respectivamente; distinción que la Teoría cossiana considera como una reduplicación superflua, pues tanto el órgano como el jurista conocen conducta a través de normas. Kelsen objeta la tesis egológica que sostiene que la actividad que realiza la Comunidad a través de sus órganos, en la función normativa de la conducta, es un acto de conocimiento sobre sí misma, así como que dicha tesis pretende derivar la validez del Derecho de su vigencia o eficacia, el deber ser del ser, confundiendo así hecho y Derecho. A lo que la Egología contesta (por voz de José Manuel Vilanova, discípulo de Cossio) que lo mismo hace Kelsen al derivar la juricidad de la primera Constitución de la norma fundamental, que ya no tiene apoyo normativo alguno y que, egológicamente, podría considerarse como la primera mención conceptual del sentido jurídico inmanente a la conducta humana. Sigue transcurriendo la discusión sobre otros tópicos fundamentales que por encadenamiento lógico se van imponiendo a los dialoguistas, y cuyo agudo discurso aumenta en forma creciente el interés del lector.

Finalmente, enfoca nuevamente Cossio el problema ontológico del Derecho, ahora para objetar a Kelsen la división que establece dentro del objeto jurídico al distinguir entre Estática y Dinámica del Derecho. Norma y conducta, dice Cossio, son objetos que pertenecen a muy diversas zonas ónticas, por lo que, al atribuirse a ambos la calidad de objeto del conocimiento jurídico, se perturba la unidad de la ciencia del Derecho. Kelsen se defiende nuevamente, pero la explicación que da no satisface a Cossio, y prosigue el coloquio sobre el problema, sin agotarlo.

Termina este Balance, con la referencia tangencial que hace Cossio a diversas ideas que siendo novedades egológicas, Kelsen las aceptó con entusiasmo desde un principio, reconociendo su indiscutible valor y la conveniencia de meditar sobre ellas.

La lectura de este libro deja la impresión de que, hoy en día, la Teoría Egológica constituye la más seria y científica revisión de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, de la que la primera ha aceptado todo lo que es *descubrimiento*, y rechazado sólida y enfáticamente lo que de *construccionismo* ha encontrado en ella. Es más, creo que lleva una ventaja la Egología, aparte de su más completa problemática: Científicamente, tienen los ególogos muy bien puestos los pies sobre la tierra, pues mientras la Teoría Pura parte de una definición racional de su objeto: la norma, la Teoría Egológica arranca de la aprehensión intuitiva de una realidad cultural: la conducta humana, como dato objetivo de su ciencia.

TEORÍA PURA DEL DERECHO Y TEORÍA EGOLÓGICA (RESPUESTA A CARLOS COSSIO. TEORÍA EGOLÓGICA Y TEORÍA PURA DEL DERECHO. BALANCE PROVISIONAL DE LA VISITA DE KELSEN A LA ARGENTINA) (*)

Por Hans Kelsen

En el tomo V, fascículo 1-2 de la *Revista Austríaca de Derecho Público* (*Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*), el profesor Carlos Cossio de Buenos Aires ha publicado un trabajo en el cual enfrenta la llamada “teoría egológica”, de la que es autor, a la teoría pura del Derecho, con el propósito de demostrar la superioridad de la primera sobre la segunda. Contra esto nada habría que objetar. Es obvio que todo el mundo considera que su propia teoría es la mejor; de no ser así, ninguno la defendería. Pero, por desgracia, el profesor Cossio ha creído necesario no solamente apoyar la superioridad de su teoría en argumentos objetivos contra las concepciones expuestas en mis publicaciones, sino vincular su polémica contra la teoría pura del Derecho con el relato de detalles completamente inesenciales de las circunstancias externas de las lecciones dadas por mí en la Universidad de Buenos Aires en el verano de 1949 y con la reproducción de discusiones privadas, provocadas por él, que tuvieron lugar con ocasión de estas lecciones. Por este camino no quiero ni puedo seguir al profesor Cossio. En la respuesta a su artículo me limitaré al objeto que él mismo ha designado como “teoría egológica y teoría pura del Derecho”.

Solo en un punto lamento mucho tener que insistir. El señor profesor Cossio afirma (p. 17) que yo he ido a Buenos Aires “a dialogar con la teoría egológica y solo a eso”. Esto no es verdad. Yo he ido a la Argentina aceptando una invitación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, no a mantener “diálogo” alguno, sino a hablar de unos cuantos problemas seleccionados de la teoría pura del Derecho; es decir, a dar lecciones no a seguir discusiones. “Problèmes choisis de la théorie pure du Droit” es el título aceptado por la Facultad de Derecho de la Universidad de las lecciones dadas en lengua francesa. Es natural que estuviera dispuesto a tomar posesión respecto de la

(*) Publicado en *Revista de Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos*, nro. 71, Madrid, septiembre-octubre 1953, ps. 3-39. Traducción del alemán por Luis Legaz y Lacambra. Originalmente en *Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (Viena), vol. V, 1953, ps. 449-482.

teoría egológica; y es también cierto que lo he hecho en mis lecciones. Pero el profesor Cossio afirma que yo “me he allanado a la egología en la conversación privada muchísimo más que en las disertaciones académicas” (ps. 17 y 18). Esta afirmación la rechazo enérgicamente. No es corriente referirse en la polémica contra un autor a las manifestaciones que este haya hecho en “conversaciones privadas”. A mi juicio, las discusiones verbales no son un método adecuado para tratar problemas teóricos, ya que no se pesan bastante las palabras y por ello son inevitables los malentendidos recíprocos, sobre todo cuando la discusión se mantiene en un lenguaje que no es la lengua materna de los participantes. Peor aun cuando una de las partes reproduce esta discusión basándose en recuerdos como confiesa hacer el profesor Cossio en la página 40. Si el profesor Cossio tuvo la impresión de que en las conversaciones privadas hice más concesiones que en mis lecciones públicas, debía comprender que, en el caso de que realmente las hubiera hecho, no las sostendría.

Para mostrar la superioridad de la teoría egológica sobre la teoría pura del Derecho, el profesor Cossio pudo referirse a mis libros publicados y a las lecciones públicas que di en la Universidad de Buenos Aires. Yo había autorizado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a publicar estas lecciones juntamente con una traducción española. Por razones que ignoro, esta publicación no ha visto la luz ⁽¹⁾.

I

Comenzaré con una cuestión que a mi parecer es de importancia secundaria, pero a la que el profesor Cossio atribuye una significación especial. Se trata de la cuestión de si, como afirma Cossio, la teoría pura del Derecho es solo una Lógica, concretamente una Lógica jurídica, o si es otra

(1) En lugar de esto, en la Editorial G. Kraft de Buenos Aires ha aparecido, sin mi autorización, y con mi nombre unido al del profesor Cossio, un libro que contiene el texto español del artículo del profesor Cossio publicado en la Revista Austríaca de Derecho Público juntamente con la traducción española realizada por el propio Cossio de mis lecciones de Buenos Aires, pero sin el original francés. Es cierto que el editor de la Revista Austríaca de Derecho Público, el señor profesor Alfred Verdross me preguntó si tenía algo que objetar contra la publicación del artículo de Cossio. Como yo sabía que el artículo iba contra mí y ha sido siempre uno de mis principios no hacer nunca absolutamente nada contra la publicación de cualquier escrito dirigido contra mi doctrina, y aún muchas veces he publicado yo mismo tales escritos en mi condición de editor, contesté en seguida, y sin leer el manuscrito, que no tenía objeción alguna que hacer. Así se lo comuniqué al profesor Cossio en una carta de la que se deducía claramente que, al escribirla, yo no había leído el manuscrito, pues le advertía expresamente que yo quería leer el artículo impreso (printed), cosa para la que no tendría motivo de insistir, si yo ya hubiese leído el artículo. El señor profesor Cossio pudo interpretar a su gusto esta comunicación mía, pero lo único que no pudo inferir de ella es que yo autorizase a nadie a que mi nombre se uniese con el suyo para publicar este artículo dirigido contra mí juntamente con una traducción española de mis lecciones —y estas, contra lo acordado con la Facultad, sin el original francés—. Por eso he pedido a la Editorial Guillermo Kraft de Buenos Aires que retire de la circulación el libro publicado en la misma con el título “KELSEN-COSSIO. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura”.

cosa que Lógica jurídica. Yo afirmo que, en mi opinión, la teoría pura del Derecho es una teoría general del Derecho, que contiene ciertas consideraciones lógicas, en particular aquellas que se refieren a la relación entre supuesto y consecuencia en la proposición jurídica o al sentido del deber ser, o aquellas otras que tienden a la aplicación del principio de contradicción a las proposiciones de deber ser. Pero ya no tiene nada que ver con la Lógica la determinación material del supuesto y, sobre todo la de la consecuencia en la proposición jurídica, o sea que esta consecuencia sea un acto coactivo, una sanción. La teoría pura del Derecho tiene como misión definir los conceptos fundamentales de toda ciencia jurídica, como norma de Derecho, deber jurídico, facultad, responsabilidad, competencia, sujeto de Derecho, etc. Y estas definiciones no son función de la lógica, como no lo son las definiciones del círculo o del cuadrado. Así como estas son una función de la Geometría, y la Geometría no es Lógica, así también las definiciones de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica son funciones de una teoría general del Derecho, la cual no es una lógica. Además, las consideraciones lógicas contenidas en la teoría pura del Derecho son absolutamente aplicables no solo al conocimiento de las normas jurídicas, sino al de toda clase de normas, especialmente de las morales; y cuando se habla de una "Lógica jurídica" o de un "pensamiento jurídico" no puede significarse otra cosa que aquellos principios mentales que tienen aplicación al conocimiento de las normas en general y, por tanto, también al de las normas jurídicas. Como su nombre lo indica, la teoría pura del Derecho es una teoría del "Derecho", no una teoría del pensamiento; y las consideraciones lógicas que contiene solo constituyen los supuestos para una teoría jurídica correcta, del mismo modo que la Física tiene que basarse en unos supuestos lógicos previos, sin que por eso la Física constituya una Lógica.

En los pasajes citados por el profesor Cossio en la página de mi artículo "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law" hablo yo (en la traducción de Cossio) de la "pureza de una teoría del Derecho que se propone un análisis estructural de los ordenamientos jurídicos positivos". Un análisis estructural de los ordenamientos jurídicos positivos no es tarea que pueda llevar a cabo una ciencia de la Lógica, sino únicamente una ciencia jurídica como teoría general del Derecho. La "pureza" de la teoría no consiste en que lleve a cabo un análisis de la estructura del Derecho, sino en realizar este análisis observando el principio de la pureza metódica. Por pureza del método entiende el principio lógico o epistemológico de evitación del sincretismo metódico. Pero de que una teoría del Derecho haya de ser "pura" en este sentido, no se sigue que consista exclusivamente en un principio lógico. Si en los pasajes citados por el profesor Cossio yo comparo la relación entre teoría pura del Derecho y ciencia de la historia del Derecho o sociología jurídica con la relación entre la Lógica y la Psicología, no puede inferirse que la teoría pura del Derecho sea Lógica, como tampoco se puede deducir que la historia del Derecho o la Sociología jurídica son psicología.

La teoría egológica está en su derecho de no tomar de la teoría pura del Derecho más que estas consideraciones lógicas en ella contenidas; y yo no he afirmado nunca que la teoría egológica haya tomado otra cosa de la teoría pura del Derecho, porque ni siquiera he afirmado jamás que haya tomado cosa alguna de ella. Es el profesor Cossio, no yo, quien afirma que la teoría pura del Derecho “solo alcanza el veinte por ciento de la temática integral egológica”; “solo el veinte por ciento”, como dice el profesor Cossio. Pero, por lo mismo, este no tiene ningún motivo para declarar que la Egología “poda, por injustificada, toda otra pretensión de la teoría pura”. De que la teoría egológica, como dice el profesor Cossio, solo acepte las consideraciones lógico-jurídicas de la teoría pura del Derecho, no se sigue que aquella tenga el derecho de declarar válidas como teoría pura del Derecho solo aquellas consideraciones lógicas, si por teoría pura del Derecho entiende lo mismo que entiende esta. Pero el señor profesor Cossio se presenta con la asombrosa pretensión de que “la idea que posee la teoría egológica de la teoría pura del Derecho (página 30), es la exacta, mientras que es falsa “la idea que Kelsen posee de la teoría pura del Derecho”, o sea que Cossio sabe mejor que Kelsen lo que Kelsen pretende con su teoría pura del Derecho.

Pero en definitiva termina por confesar que la teoría pura del Derecho tal como la expone Kelsen es algo más que mera Lógica. Pues él mismo distingue entre una teoría pura del Derecho en sentido estricto, bajo la cual entiende una Lógica de la teoría pura del Derecho, y la Teoría pura del Derecho en sentido amplio.

En la p. 27, al dirigirse contra los que afirman que la “teoría pura del Derecho y la teoría egológica son poco más o menos lo mismo, de tal modo que la última no constituye más que un rebrote y desarrollo no autónomo de la segunda”, dice que “no hay tal cosa, pues la teoría egológica siempre ha restringido la estricta teoría pura a un valor de Lógica jurídica formal”. Expresado en lenguaje menos presuntuoso, esto significa que la teoría egológica ha visto en la teoría pura del Derecho en sentido estricto una Lógica jurídica formal. La cuestión está en si ha tenido o no razón para ello. No se comprende que la teoría egológica no pueda ser un mero rebrote de la teoría pura solo porque aquella no haya visto en esta, estrictamente considerada, más que un valor de Lógica jurídica formal. Lo que el profesor Cossio piensa abiertamente es que la teoría egológica solo ha tomado de la teoría pura aquellos elementos que él considera como de Lógica jurídica formal; pero que se distingue esencialmente de todo el resto de la teoría pura del Derecho, la teoría pura del Derecho en sentido amplio. Esto puede pasar. Pero de ahí se sigue que no es Kelsen —como dice Cossio en la p. 20— quien “con extraña dualidad epistemológica insiste en que la teoría pura del Derecho es otra cosa además de Lógica”, pues Kelsen nunca ha afirmado que la teoría pura del Derecho sea solo Lógica; es más bien el profesor Cossio el primero en afirmar que la teoría pura del Derecho es solo Lógica, pero cuando se

defiende contra el reproche de que la teoría egológica sea un mero rebrote de la teoría pura, tiene que insistir él, con extraña dualidad epistemológica, en que la teoría pura del Derecho solo en sentido estricto es Lógica —una Lógica respecto de la cual la Egología se encuentra de acuerdo con la teoría pura—; pero la teoría pura del Derecho en sentido amplio, de la que la teoría egológica quiere diferenciarse pulcramente para no aparecer como un mero rebrote de la misma, constituye una cosa distinta de la Lógica.

II

En la página 19 afirma el profesor Cossio que hay un punto en el que existe una “plena coincidencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica, a saber, el principio según el cual ‘está jurídicamente permitido todo lo que jurídicamente no está prohibido’”. Esta coincidencia no existe dado el modo como Cossio entiende dicho principio. En mi opinión, este constituye un principio técnico de Derecho positivo, consistente en que el legislador permite una determinada conducta humana —sin estatuir una prescripción constitutiva de una positiva licencia— en cuanto que no la prohíbe, o sea en cuanto que no vincula a esta conducta una consecuencia jurídica desfavorable. Este “estar permitido” coincide plenamente con “no estar prohibido”. No se puede describir el estar jurídicamente permitido de una conducta haciendo referencia a una función positivamente permisiva del Derecho, sino solamente refiriéndose a la función ordenadora o prohibitiva del mismo, esto es, a su función prescriptiva. Puesto que el “estar permitido” y el “no estar prohibido” son idénticos, la conducta no prohibida es permitida y la conducta no permitida es prohibida. Así lo entiende el uso común del lenguaje, para el cual una conducta no permitida significa una conducta prohibida. Por eso, rechazo la afirmación del profesor Cossio de que el principio “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, no significa lo mismo que el principio “todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido”. En mi opinión, ambos principios tienen un significado absolutamente idéntico.

En su interpretación del principio en cuestión olvida el profesor Cossio el hecho de que la expresión “permitir” puede tener un sentido distinto que el que recibe en aquel principio. Pues además de su significación meramente negativa —el “no estar prohibido”— puede tener otra positiva; así, por ejemplo, si se dice que el ordenamiento jurídico “permite” al acreedor ejercer una acción contra el deudor moroso, o que la constitución “permite” al parlamento aprobar leyes. En estos casos, “permitir” significa tanto como “autorizar”, conferir un poder jurídico, capacitar a alguien para procurarse un efecto jurídico querido. Para conferir tal “permiso” —en el sentido de una autorización— se necesita una prescripción positiva del ordenamiento jurídico. Y a este permiso no tiene aplicación el principio: lo que no está prohibido, está permitido. En efecto, a nadie se prohíbe aparte del acreedor,

interponer contra su deudor una demanda para exigir el pago de la deuda (lo cual significa que la interposición de tal demanda no lleva consigo las consecuencias propias de la acción antijurídica); pero esto no significa que quien no sea el acreedor esté autorizado para presentar tal demanda, o sea, para provocar los efectos jurídicos que la ley concede a dicha acción. Puesto que carece de aplicación a este “permiso” el principio según el cual está permitido lo que no está prohibido, tampoco es aplicable el principio equivalente que consideraría prohibido lo que no está permitido. En efecto, no se prohíbe a un tercero reclamar judicialmente contra el deudor de otro, aun cuando no le esté “permitido”, esto es, no está autorizado para hacerlo. Cuando el profesor Cossio afirma que el principio “lo que no está prohibido está permitido” no es equivalente al principio: “lo que no está permitido está prohibido”, utiliza una vez la palabra “permitido” en el sentido de “no prohibido” y otra, en un sentido hartamente distinto, que es el sentido positivo de “estar autorizado”.

Yo rechazo además la afirmación del profesor Cossio según la cual el principio “lo que no está prohibido está permitido” constituye un axioma apriorístico “porque es idéntico con referencia a la libertad constitutiva de la experiencia jurídica” (p. 19). Bajo la “libertad constitutiva de la experiencia jurídica”, la “libertad del ser humano”, Cossio solo puede entender la libertad metafísica del hombre, la indeterminación causal de su conducta, pues pone dicha libertad en conexión esencial no solo con el Derecho sino también con la moral. En la p. 37 afirma que la consideración del obrar humano como “poder hacer con la referencia inmanente e ineliminable a un Ego”, es decir, la consideración del obrar como “libertad”, constituye “la conducta como objeto del conocimiento ético”. Esto solo puede significar el dar expresión a la tesis característica del indeterminismo ético, según la cual el conocimiento ético, o sea, la representación del hombre como sujeto de deber y responsabilidad moral no es posible más que a condición de admitir que su conducta no está determinada, o lo que es lo mismo, que el hombre puede obrar como quiera, y que, por eso, y en ese sentido, es “libre”. Yo no soy indeterminista en el sentido usual de la palabra. En mi concepto, esa libertad no existe; y es posible una regulación moral y jurídica, tanto como la responsabilidad constituida por dicha regulación aun cuando la conducta del hombre esté causalmente determinada y el hombre —en ese sentido— no sea libre. Cuando se dice que el hombre es jurídicamente “libre” de hacer u omitir alguna cosa, porque esta acción u omisión no está jurídicamente prohibida, el “ser libre” jurídicamente significa tan solo no estar jurídicamente vinculado. Esta “libertad” jurídica no tiene que ver lo más mínimo con la libertad ética a la que se refiere el profesor Cossio, la libertad del “conocimiento ético”, que no puede ser más que indeterminación causal. La libertad jurídica es un juicio sobre el contenido del ordenamiento jurídico normativo regulador de la conducta humana, no un juicio sobre la

determinación o indeterminación causal de la conducta humana efectiva, o sea, no un juicio sobre el contenido del orden causal de la naturaleza.

Sin embargo, existe una cierta efectiva coincidencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica con respecto al principio “lo que no está prohibido está permitido”. Pues hay que reconocer que toda conducta humana —toda acción y omisión— que cae dentro del ámbito de validez de un ordenamiento jurídico positivo, se halla regulada por este directa o indirectamente; directamente, cuando está prohibida; indirectamente, cuando no lo está, y, por tanto, en este sentido se halla permitida. Por eso no puede hablarse de una conducta humana que no se halle bajo la regulación del orden jurídico. Yo lo hice, sin embargo, a pesar de que apliqué el mencionado principio en mi crítica de la teoría de las lagunas del Derecho. Al rechazar la definición cossiana del Derecho como conducta humana he admitido que puede haber conducta humana que jurídicamente sea del todo indiferente, por no hallarse regulada por el Derecho. En realidad, este argumento es insostenible si hay que reconocer que toda conducta humana que cae bajo el ámbito de validez de un ordenamiento jurídico positivo se halla regulada por este, indirectamente al menos cuando no lo está de manera directa. El profesor Cossio me llamó la atención sobre esta contradicción y he reconocido que, en este punto, la teoría geológica tenía razón. Pero yerra el profesor Cossio si cree que con eso ha salvado su posición de que el Derecho no es norma sino conducta humana. Aun dando por cierto que toda conducta humana está jurídicamente regulada, no es posible identificar el Derecho con la conducta, porque esta solo puede ser el *objeto* de la regulación jurídica y, por consiguiente, queda abierta la cuestión en torno a lo que el Derecho es y la cuestión acerca de en qué consiste esta regulación. Y esa es la cuestión fundamental en la gran antítesis que separa la teoría pura del Derecho de la teoría egológica.

III

El profesor Cossio llega a su tesis de que el Derecho no es norma o sistema de normas —como afirma la teoría pura del Derecho— sino “conducta”, sobre la base de un procedimiento que él llama “intuición jurídica” (p. 36). Esta intuición jurídica la presenta como parte de una teoría general de la cultura, puesto que él insiste muy acentuadamente en que la teoría egológica “no puede dudar que el Derecho es cultura” (p. 35). Según esta teoría, “cultura” es “todo hacer del hombre, en tanto que obra según juicios de valor” (p. 32). Pero por cultura no ha de entenderse solo el obrar, la “actividad del hombre”, sino también los “resultados producidos” por él: la actividad de un escultor y la estatua creada por él (p. 33). “Este dualismo”, el obrar y su producto, “lo comprendemos nosotros en la unidad de la vida plenaria —a diferencia de la vida biológica— tan pronto como planteamos el problema de la cultura en el plano existencial” (ps. 32-33). No es muy claro lo que en-

tiende el profesor Cossio por “plantear el problema de la vida plenaria en el plano existencial”. De lo que dice, se deduce que el obrar humano y su producto constituyen una unidad como fenómeno de cultura, puesto que solo es posible entender como cultura el “producto”, la estatua, en cuanto creada por un hombre en una actividad dirigida a la realización de valores, y esta actividad solo puede ser entendida como cultura en cuanto que se dirige a la realización de valores, al producto realizador del valor. En favor de esta interpretación del sentido de la unidad habla el hecho de que el profesor Cossio considera como “dos mitades” los dos elementos que forman la unidad: el obrar y su producto. Dice, en efecto: “Por tanto, si sometemos la cultura a una fenomenología existencial, el término cultura resulta equivalente —en el sentido comprensivo de sus dos mitades— a vida humana plenaria”. Solo de una y la misma cosa puede afirmarse que tiene “dos mitades” o “dos aspectos”, como Cossio dice a continuación. “Por consiguiente, nosotros contraponemos la vida humana plenaria a la vida biológica y en consecuencia la entendemos como cultura, comprendiendo en su íntima unificación los dos aspectos de la misma; el que como vida plenaria objetiva consta de los productos del hacer humano, que quedan subsistiendo con autonomía óptica respecto de su hacedor (objetos mundanales), y el que como vida plenaria viviente consta de los quehaceres actualizados inseparables de su hacedor (objetos egológicos)”. Ciertamente, el producto goza de una cierta autonomía respecto de su producto, pero, sin embargo, está unido “en íntima unificación” con el producir, el obrar. Si el obrar y su producto deben entenderse como dos aspectos o mitades y su unidad es la unidad de uno y el mismo objeto de la cultura —como la actividad del escultor y la estatua por él creada—, resulta bastante discutible presentar estas dos mitades o aspectos recíprocamente vinculados en una “íntima unificación”, como dos objetos recíprocamente distintos, uno “egológico” y otro “mundanal”. Pero esto son particularidades de una terminología que no parece hacer especial hincapié en cuanto a precisión y claridad. Más importante es señalar lo que parece esencial para esta teoría, a saber, que la cultura como “vida humana plenaria” con dos aspectos íntimamente unidos, la “vida plenaria en cuanto viviente” —el “objeto egológico”— y la vida plenaria “objetivada” —el “objeto mundanal”—, se contraponen a la vida biológica y, por tanto, a la “naturaleza” (p. 34); por consiguiente, que no pertenecen a la naturaleza ni la “vida objetivada”, el objeto mundanal, el producto del obrar humano, ni la vida plenaria en cuanto viviente, el objeto egológico, el obrar humano determinado por valoraciones o, lo que es lo mismo, enderezado a la realización de valores. Uno y otro pertenecen en su totalidad a la cultura, son objetos culturales y no objetos naturales. Recurriendo al ejemplo anterior, se diría que no solo la actividad del escultor, sino también el producto de la misma, la estatua en ella creada, no pertenecen a la naturaleza sino a la cultura; y de todo lo dicho anteriormente resulta obvio que el “objeto egológico” no puede entenderse sin la referencia al otro, al “objeto mundanal”; no puede

“comprenderse” sin ella, para decirlo en términos de la teoría culturalista. Y, en efecto, ¿cómo sería posible comprender la actividad del escultor, el objeto “egológico”, como llama a esta mitad el profesor Cossio, sin referencia a la estatua creada por el escultor, al “objeto mundanal”, como se llama en la terminología cossiana a esta otra mitad? ¿Cómo sería posible comprender la estatua sin la referencia al artista que la crea? El profesor Cossio se cree obligado a insistir en que la cultura, aun siendo algo enteramente distinto de la naturaleza, es “real”, sin embargo. “Es un puro prejuicio de una filosofía superada creer que realidad y naturaleza son términos sinónimos o que lo único realmente real sea la naturaleza, porque no se puede dudar de la realidad de un automóvil, de una estatua, de una balada, de una condena condicional, de un crédito, nada de lo cual es naturaleza” (p. 34). A los objetos aquí mencionados por Cossio por vía de ejemplo, se les llama “objetos culturales”.

De los “objetos culturales”, tanto de los mundanos como de los egológicos, afirma el profesor Cossio que constan “de un substrato perceptible y de un sentido espiritual” (p. 34). La diferencia es clara: el substrato puede ser percibido por los sentidos: el “sentido, espiritual”, no. Sin embargo, el substrato perceptible y el sentido espiritual deben constituir una “indisoluble unidad dialéctica”. Esta teoría descompone la cultura, la “vida humana plenaria”, —opuesta al ser natural— en dos mitades, el obrar humano, el objeto egológico, y su producto, el objeto mundanal. Cada una de estas dos mitades —u objetos, como se les llama— se descompone a su vez en otras dos mitades: el substrato perceptible y el sentido espiritual. Volviendo al ejemplo anterior, tendríamos el substrato perceptible de la estatua creada por el escultor y el sentido espiritual de esta estatua; el substrato perceptible de la actividad del escultor y el sentido espiritual de dicha actividad. Dos substratos perceptibles y dos sentidos espirituales. Tal es el cuádruple objeto global de la cultura según esta teoría. No parece cosa fácil comprender semejante objeto cuádruple como una unidad; pero el profesor Cossio simplifica este casi insoluble problema de una manera sorprendente.

Después de lo dicho anteriormente, no puede quedar duda de que el substrato perceptible y el sentido espiritual del objeto cultural son dos cosas distintas, tan absolutamente diferentes como que la una se puede percibir y la otra no. Por eso, la relación entre una y otra solo se puede expresar diciendo que el objeto cultural *tiene*, junto a un substrato perceptible, un sentido espiritual, aun admitiendo que el substrato y el sentido se hallan inseparablemente unidos entre sí. Pero dice el profesor Cossio: “La teoría egológica no afirma que los objetos culturales *tienen* un sentido, sino que sostiene “que el objeto cultural *es* un sentido; su ser es ser un sentido, es decir, su ser consiste, en existir; se trata de sentidos existentes y ex-sistentes cual es la entidad de la vida plenaria en general” (p. 35). Por mucho que se recurra a estos abstrusos amontonamientos de palabras, como *ex-sistencia* y *entidad*

de la vida plenaria, no se podrá ocultar el hecho de que el sentido espiritual no es perceptible; por tanto, si un objeto cultural —egológico o mundanal— es un sentido espiritual y, por tanto, no es perceptible, no puede tener un objeto que sea perceptible. Sin embargo, pocas líneas antes había afirmado enfáticamente el profesor Cossio que tiene tal substrato perceptible. Mediante esta contradicción trata la teoría egológica de deshacerse de una de las mitades del objeto cultural —tanto del objeto mundanal como del egológico—.

Pero en su teoría jurídica, trata la Egología de desentenderse también de una de las mitades del objeto global de la cultura, o sea de aquella mitad a la que el profesor Cossio llama objeto mundanal. Para integrar la teoría egológica del Derecho en su teoría de la cultura, pregúntase el profesor Cossio: “¿En cuál de las dos mitades de la cultura como vida plenaria debe buscarse el Derecho?” (p. 35). Esta pregunta se halla en contradicción con la afirmación de que las dos mitades de la cultura, el obrar humano y su producto, constituyen una unidad. Pues si forman una unidad, el Derecho no puede pertenecer a una de las dos mitades, sino a las dos conjuntamente, o sea, al obrar humano y a su producto, a la mitad egológica y a la mitad mundanal. Si el Derecho es cultura, tiene que consistir, de acuerdo con esta teoría de la cultura, tanto en el obrar como en su producto específico, ya que los dos tienen que comprenderse en la “unidad” de la “vida plenaria”, como el profesor Cossio asegura insistentemente. Y, desde el punto de vista de esa teoría de la cultura, ello sería perfectamente posible. Pues el Derecho, el Derecho positivo —único objeto de la ciencia jurídica—, es un producto del obrar humano, lo que nadie podrá negar en serio, y en cuanto tal es —en la terminología cossiana— “vida plenaria objetivada” o un “objeto mundanal”, como lo es la balada compuesta por un poeta, para seguir el ejemplo utilizado por el propio profesor Cossio. Pero la teoría egológica, que desde un principio se ha aferrado a la tesis de que el derecho es conducta humana, tiene que cerrar los ojos ante el hecho innegable de que el Derecho positivo es un producto del obrar humano dirigido a la realización de valores. Como teoría jurídica, solo puede utilizar una de las dos mitades del objeto sometido a discusión, el obrar, y por eso tiene que ignorar la otra mitad, el producto, que es lo esencial —a pesar de que, de acuerdo con su teoría de la cultura este se halla inseparablemente unido con el obrar—.

A continuación, afirma el profesor Cossio: “esas dos mitades, la de la vida objetivada y la de la vida viviente, han sido deslindadas por la teoría egológica en atención al substrato perceptible del objeto cultural; en aquel caso —o sea el de la vida objetivada— el substrato es una porción de Naturaleza (objetos mundanales); en este caso —el de la vida viviente— el substrato es la propia vida del hombre plenario y no ya su mero organismo biológico” (p. 35). La contradicción con la teoría anteriormente expuesta de la cultura resulta todavía más aguda. De lo dicho por el profesor Cossio sobre

la esencia de las dos mitades, la “vida objetivada” u objeto mundanal y la “vida plenaria en cuanto viviente”, o sea el objeto egológico, no se deduce que este se distinga por su substrato perceptible. Él había establecido la distinción entre las dos mitades por cuanto el objeto egológico representa la actividad humana, mientras que el objeto mundanal constituye el producto de esta actividad; y esta distinción era anterior a la hecha después por él entre el substrato perceptible y el sentido espiritual de cada uno de los dos objetos. Con arreglo a la teoría de la cultura expuesta por el profesor Cossio, la cultura es “vida humana plenaria” con sus dos mitades, y por eso, también la “vida objetivada” y con ella su substrato perceptible, como una de las mitades de la existencia cultural, se halla en contraste u oposición con la vida biológica en cuanto naturaleza y, por consiguiente, el substrato de la vida objetivada, como objeto mundanal, no puede ser una porción de naturaleza. En este respecto, no puede haber diferencia alguna entre el substrato perceptible del objeto mundanal, o sea del producto del obrar humano (como, por ejemplo, la estatua creada por el escultor) y el substrato perceptible del objeto egológico, que también tiene que ser actividad escultórica perceptible. Y si el substrato perceptible del objeto mundanal es una “porción de naturaleza” —lo que no puede ser con arreglo a esta teoría de la cultura—, también es una porción de naturaleza el substrato perceptible del objeto egológico, el obrar visible del hombre. El profesor Cossio parece haber olvidado que antes había afirmado que el objeto cultural —tanto el mundanal como el egológico— no *tiene* un sentido, sino que *es* un sentido espiritual. ¿Cómo podría ser una porción de naturaleza el substrato del objeto mundanal, si este objeto es un sentido espiritual? Siguiendo la vía de esta contradicción llega el profesor Cossio al siguiente resultado: “la pregunta formulada tiene ahora fácil respuesta: el Derecho no es vida humana objetivada, porque puestos a señalar su substrato perceptible no lo encontramos en ninguna porción de la naturaleza. El Derecho es conducta, vida humana viviente, objeto egológico”. Puesto que la “vida objetivada” y su substrato no pueden ser una porción de naturaleza, porque pertenecen a la cultura y no a la naturaleza, resulta completamente infundada la afirmación de que, por no ser naturaleza, el Derecho no es tampoco vida objetivada y, por tanto, objeto mundanal. Como es del todo infundada la afirmación subsiguiente de que, por no ser objeto mundanal, el Derecho es un objeto egológico. Si el Derecho es cultura, como afirma el profesor Cossio, necesariamente tiene que consistir, con arreglo a la teoría de la cultura sustentada por él mismo, no únicamente en un obrar, en una conducta, en un objeto egológico, sino en el obrar y en el producto de este obrar, el objeto mundanal. Pero es precisamente lo que el profesor Cossio trata de evitar, aun a riesgo de incurrir en una flagrante contradicción y a pesar de que ello constituye la inevitable consecuencia de su teoría de la cultura: confesar que el Derecho no es solo un hacer, sino también su resultado, o, con otras palabras, no solo un acto, sino también la norma creada en este acto.

Si, como afirma el profesor Cossio, el Derecho es solo “conducta”, o sea un obrar y no también un producto específico de este obrar, es o tiene —como expresamente tiene aquel que confesarlo— un “substrato perceptible”; y si como objeto cultural tiene un substrato perceptible, no se comprende por qué razón ha sostenido Cossio —contradiendo su anterior afirmación— que el objeto cultural no *tiene*, sino que *es* un sentido espiritual, lo que equivale a decir que no puede ser un substrato perceptible. En el transcurso de nuestro análisis veremos por qué la teoría egológica afirma al Derecho ora como algo perceptible, ora como no perceptible, o sea como un puro contenido de sentido. Aquí me limito a afirmar que la teoría egológica abandona en su doctrina del Derecho su concepción de la cultura desde el momento que reconoce el Derecho solo como objeto egológico y no también como objeto mundanal y separa en su teoría jurídica el producto del obrar humano, el objeto mundanal, del obrar mismo, el objeto egológico —que en su teoría de la cultura había afirmado inseparablemente unido a aquel—. La teoría egológica del Derecho tiene que perder toda conexión con la teoría egológica de la cultura si trata de entender el Derecho solo como un obrar sin referencia a su producto, si comprende el Derecho solo como “vida humana plenaria en cuanto viviente” y no al mismo tiempo como “vida humana objetivada”; lo que, desde el punto de vista de la teoría de la cultura, conduce al vano empeño de querer comprender la actividad de un escultor sin referencia a la estatua creada por él.

En esta ocasión afirma el profesor Cossio también que, en esta segunda mitad de la cultura, el obrar del hombre, y precisamente en su substrato perceptible, “se halla el inseparable *ego* actuante de toda acción humana: de ahí la denominación epónima; de ahí que el objeto egológico sea un sinónimo de la conducta como conducta hecha objeto de conocimiento”. De un “ego” solo puede hablarse si se piensa uno a sí mismo como sujeto de conocimiento, no si se considera a la “conducta” como objeto del conocimiento, porque entonces la conducta vendría en consideración como Derecho objetivo. Pues esa conducta no es, o no es solamente, la conducta del sujeto cognoscente del Derecho. Si de ahí viene el nombre de la doctrina cossiana, procede en verdad de una aplicación equivocada de la palabra “ego”. Pero de lo que sigue resultará que la teoría egológica toma su punto de partida en el hecho de una autoobservación, la conciencia del propio yo del teórico, el cual es en este sentido —pero solo en este— un verdadero *egó-logo*.

El profesor Cossio ilustra la concepción egológica del Derecho, que presenta como una parte de la teoría egológica de la cultura —aun cuando, en verdad, no tiene nada que ver con ella— con el siguiente ejemplo: “tomemos a consideración, desnudamente como dato, un acto de conducta cualquiera; por ejemplo: yo tomo un libro y lo traslado de un punto a otro de esta mesa” (p. 36). Ya este punto de partida es equivocado. Pues el Derecho como objeto de la ciencia jurídica no es un objeto dado a la autoobservación, al

conocimiento del *ego*, sino un objeto existente de algún modo fuera del *ego*. El conocimiento jurídico no recae sobre el yo, sino sobre un objeto distinto del yo. Por eso debe observarse de pasada que ya el mero hecho de designar como “egológica” una teoría del Derecho conduce necesariamente el pensamiento por una vía falsa.

Si el ejemplo del profesor Cossio hubiera de ser aplicable a alguna intuición jurídica, habría de presentarse como observación de un hecho objetivo, es decir, del hecho de que alguien que no es el observador traslada el libro de un lado a otro de la mesa, pero nunca como observación de una conducta propia. En seguida se verá la razón por la cual el profesor Cossio adopta este falso punto de partida. Él dice que no quiere contemplar el hecho “en sí mismo”, sino “en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado con lo que omito”; pues de ese modo, afirma, el hecho, el “obrar”, puede considerarse como “libertad”. El obrar no puede ser, naturalmente, libertad. Lo que piensa el profesor Cossio es que el hacedor es “libre”, que yo soy libre cuando hago u obro algo, entendiendo entonces por libertad, como antes se dijo, la indeterminación causal. La consideración de mi propio obrar como un obrar causalmente no determinado constituye a juicio del profesor Cossio un punto de vista “ético” (ps. 36-37).

Es cierto que, si se quiere anticipar la propia conducta futura, no es posible conocer su determinación causal, puesto que la autoobservación interviene en el nexo causal. Pero, en principio, ya la contemplación de la propia conducta pretérita permite un conocimiento de la determinación causal de la misma. Pero cuando se contempla la conducta ajena, la admisión de la determinación causal no solo es posible, sino que constituye un postulado ineliminable del conocimiento, si se trata de la libertad en el sentido pensado por el profesor Cossio. Por eso es infundada, aun desde el punto de vista de la autoobservación, la afirmación de que la conducta humana es libre, o sea causalmente indeterminada. Pero el hombre posee la ilusión de la “libertad”, puesto que no le es dado conocer la determinación causal de su conducta futura. Y no otra cosa que esta ilusión es la que introduce el profesor Cossio como elemento esencial de su “intuición jurídica”. Para poder hacerlo es por lo que elige el falso punto de partida de la autoobservación de una conducta propia.

Pero con esto incurre en un nuevo error. Da por supuesto que una consideración ética presupone la libertad entendida como indeterminación causal. Yo he demostrado repetidamente que esto no es así, que el hombre no es una personalidad ética, o sea, sujeto de deberes y de responsabilidad porque es libre en el sentido de causalmente indeterminado, sino al revés,

que es libre, o sea, que es el punto final de una imputación porque una norma moral o jurídica le hace obligado o responsable ⁽²⁾.

Pero el profesor Cossio afirma todavía que aún cabe “otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo, también en cuanto es libertad” (p. 37). Sin embargo, esta “nueva posible intuición” es la intuición de un dato completamente distinto. Pues el profesor Cossio no contempla ahora su propia conducta, sino la conducta de otro hombre, de un “tercero”, como él dice, o sea, de un hombre que le prohíbe o no le prohíbe algo. “Yo considero ahora, dice el transporte del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide”. Y seguidamente añade: “El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen a la vista, ahora también, en cuanto que dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y el transporte del libro como hacer— ya no es visto como un hacer solo mío, aunque sea yo quien transporta el libro, sino que es visto como un hacer compartido, es decir, como un hacer nuestro único, porque si bien yo transporto el libro, el otro permite que lo transporte (lo mismo valdría si lo impidiera), todo lo cual está en el dato”. Tal vez en español resulta más claro que en alemán lo que el profesor Cossio quiere decir con todo esto. Pues si realmente él contempla la conducta en cuestión, el transporte del libro, desde el punto de vista de su permisión o impedimento por parte de otro, ya se ha introducido en la intuición jurídica la “norma” a la que la teoría egológica no quería recurrir para concebir el Derecho. Pues “prohibir” o “impedir” y “permitir” significan tanto como normar. Pero supongamos que el profesor Cossio los entiende como un mero impedir o no impedir fácticos. Sin embargo, nunca se comprenderá por qué la conducta del hombre que no es impedida por otro deba considerarse como un “obrar común” de los dos; pues lo único que hay es uno que hace algo y otro que no hace nada. Y si la conducta de un hombre *no* es impedida, no lo es solo por *uno*, sino por *todos* los demás hombres, y entonces habría que decir que la conducta no impedida de uno, es un “obrar común” de todos los hombres, lo que notoriamente es absurdo. Pero si la conducta de un hombre es impedida, si, por ejemplo, “un tercero” prohíbe al profesor Cossio transportar el libro de un lugar a otro de la mesa, el profesor Cossio no lo hace; solo ha tenido la intención de hacerlo; pero entonces no hay tampoco un obrar del profesor Cossio, sino solo del tercero que se lo ha impedido. Por tanto, aquí no se puede hablar tampoco de un obrar común, ni siquiera de un no-obrar común, pues solo la conducta de uno es un no obrar, y un obrar la conducta del otro. Del obrar del tercero que impide al profesor Cossio transportar el libro puede decirse que ha sido la causa del no transporte del libro. Pero lo que no puede decirse es que el no transporte del libro sea una conducta común del profesor Cossio y del tercero, o sea, que no solo el profesor Cossio, sino también el tercero, no han transportado

(2) Cfr. mi trabajo “Causality and Imputation”. *Ethics*, vol. LXI, número I, 1950, ps. I-II.

el libro. Lo único que podría decirse por el profesor Cossio es que él no ha transportado el libro, que ha tenido la intención de hacerlo, pero que un tercero le ha impedido la realización de este propósito. En el ejemplo citado, el profesor Cossio solo tiene la intención de transportar el libro, pero el tercero no tiene la misma intención, sino la de impedir que otro realice esa operación. En el mismo sentido podría decirse de este tercero, únicamente, que él no ha transportado el libro, como podría decirse de todos los demás, y que tampoco ha tenido la intención de hacerlo. Si el no transporte del libro por el profesor Cossio fuera una conducta común de él y del tercero, tendría que ser también una conducta compartida con todos aquellos que no han tenido la intención de transportar el libro. Esto significa que la conducta de cada uno es al mismo tiempo conducta de todos los demás, lo cual es absurdo. Si la conducta de un hombre no impedida por la conducta de otro es una conducta de ambos, también lo será la conducta de un hombre que impide la conducta de otro, y entonces la conducta impeditiva sería una conducta tanto del impediendo como del impedido. De suerte que cuando el profesor Cossio se viese impedido por un tercero de transportar el libro, habría que decir que quien impide al profesor Cossio transportar el libro no era solo el tercero, sino el propio profesor Cossio: lo cual es absurdísimo.

Solo queda ahora preguntarse la razón por la que el profesor Cossio se ve impulsado a tan absurdas afirmaciones. Solo cabe una sospecha. Si el tercero es el órgano jurídico que impide una determinada conducta del hombre estableciendo una norma que la prohíbe, o sea, que vincula con ella una consecuencia desfavorable, y si este obrar del órgano, este poner una norma, es un obrar común del órgano que la establece y del cumplidor o infractor de la misma, o sea, del hombre impedido o no en su conducta por un órgano jurídico, cabe considerar la norma como inmanente no solo a la conducta del órgano, sino también a la del hombre impedido o no en ella. Pues entonces, el acto de establecer una norma por la que se impide o no una conducta del hombre, debe considerarse no solo conducta del órgano, sino como obrar del hombre cuya conducta es prohibida por la norma. En efecto, el profesor Cossio dice más tarde (p. 39) que la teoría egológica ha afirmado desde siempre que el concepto de norma “integra el objeto mentado por ella, de suerte que la norma, en cuanto sentido, es inmanente a la conducta”. Esto debe entenderse en el sentido de que la norma es inmanente a la conducta que regula. Ahora bien, del acto de posición normativa puede decirse que la norma le es inmanente como sentido, pero esto solo podrá afirmarse de la conducta regulada por la norma si se interpreta como un “obrar unariamente común” el acto de establecer la norma y la conducta regulada por la norma. Si la norma es inmanente a la conducta regulada por ella, con una simple intuición de esta conducta se captará el Derecho regulador de la misma. A esto precisamente es a donde va a parar la teoría egológica.

Puesto que el hombre vive en sociedad, toda conducta humana puede ser impedida por cualquier otro. Haciendo referencia a esta posibilidad de impedimento, no se dice nada, o únicamente se dice, sino que la conducta humana se realiza en sociedad. En rigor, lo que se dice es que tiene que tratarse precisamente de conducta humana. Pues también la conducta de un animal puede ser impedida por otro animal. No existe diferencia alguna, desde el punto de vista de una consideración enderezada a la posibilidad de un impedimento, entre el hecho de que un hombre impida o no a otro transportar un libro y el hecho de que un perro impida o no a otro roer un hueso. Y en todo caso, haciendo referencia a la posibilidad de impedimento de una conducta, nada se ha dicho relativo al Derecho. Pues aun diciendo —cosa que no hace el profesor Cossio— que el Derecho regula la conducta de un hombre que puede ser impedida por la conducta de otro, solo se habría dicho que el Derecho regula la conducta social: pero esto también lo hace la moral. Y entonces, el Derecho es cabalmente la regulación de esta conducta, no la misma conducta impeditiva por otro, o sea la conducta social. Surge entonces la cuestión: qué es el Derecho, la cuestión de en qué consiste la regulación jurídica de una conducta humana impeditiva. Haciendo referencia a la impeditividad de la conducta de un hombre por la de otro, el profesor Cossio no ha contestado ni remotamente a estas preguntas. Sin embargo, es lo que afirma, pues continúa diciendo: “Esta es la consideración de la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles que la constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente. Así queda deslindado intuitivamente el ámbito total del Derecho sin haber recurrido a ninguna norma” (p. 37). ¿Qué puede haber de “Derecho” en el hecho de que un hombre transporte un libro de un lugar a otro de una mesa y un tercero se lo impida o se lo deje de impedir? ¿Cómo es posible calificar jurídicamente esta conducta sin hacer referencia a una norma jurídica que prohíbe o no prohíbe esta conducta? Si hay hombres que viven unos con otros sin estar sometidos a ese específico ordenamiento coactivo que se llama Derecho, existe también entonces la posibilidad de que la conducta de uno sea impedida por otro. Y si se admite que la convivencia de los hombres no es posible sin tal ordenamiento coactivo, entonces solo es posible comprender jurídicamente la conducta impeditiva del hombre haciendo referencia a ese ordenamiento. El profesor Cossio llama “interferencia intersubjetiva” a la posibilidad de que la conducta de un hombre sea impedida por la conducta de otro, explicando del siguiente modo (p. 38) dicha expresión: “En cambio, la intersubjetividad que define la teoría egológica como auténtica alteridad jurídica, se refiere a la intersubjetividad del comportamiento mismo, según la cual este resulta un hacer compartido, es decir, donde el acto de alguien, en cuanto está impedido o permitido por otro, resulta un acto conjunto de ambos”. Con esto no hace más que repetir lo mismo que antes dijo a propósito del traslado del libro. Pero si afirma que con la “interferencia intersubjetiva” ha definido el concepto del Derecho, es

evidente que entiende por “Derecho” algo enteramente distinto de lo que la ciencia jurídica entiende y ha entendido siempre como tal.

Es claro que a nadie se le puede impedir dar una significación arbitraria a una palabra determinada. Pero si la teoría egológica entiende por Derecho la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, se refiere a un objeto diferente del de la ciencia jurídica en general y del de la teoría pura del Derecho en particular. Es evidente que se puede describir la conducta humana en su interferencia intersubjetiva sin recurrir a normas, si se define la interferencia intersubjetiva como la posibilidad de una conducta de ser impedida. Esto no puede discutirse, y tampoco lo discute la teoría pura del Derecho. Pero cuando el profesor Cossio habla del auténtico objeto de la ciencia jurídica, o sea, del objeto que llama Derecho la teoría jurídica pura, anula su afirmación de que la “interferencia intersubjetiva” constituye el objeto del conocimiento jurídico y de que puede determinar la esencia del Derecho con la mera referencia a la posibilidad de que una conducta impida otra conducta sin recurrir a las normas. Pues dice finalmente: “Es verdad que con esta sola intuición —se refiere a la de la interferencia intersubjetiva— no pudo saber si el acto de conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción; y que para saberlo necesito de la norma” (p. 39). Si sobre la base, de la intuición egológica de una conducta no podemos saber si esta conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción, no sabemos, basándonos solo en ella, si esa conducta tiene alguna cualidad jurídica y, por consiguiente, esa intuición no nos pone en contacto con el Derecho. Y si para saber si la conducta tiene esas cualidades en cuestión, “necesito de la norma”, es evidente que la intuición jurídica no es posible sin recurrir a las normas. El profesor Cossio se ve obligado a confesar que “el Derecho, en la experiencia, no puede aparecer nunca a secas, determinado como Derecho y nada más, sino que aparece de alguna de aquellas cuatro maneras; de modo que aparece siempre de alguna forma como norma, ya que sin la norma no podríamos lograr ninguna de estas cuatro determinaciones” (ps. 39-40). Esta es la cuestión que la ciencia jurídica en general y la teoría pura del Derecho en particular quieren contestar: cómo aparece el Derecho en la experiencia, o sea, como Derecho positivo. Un Derecho situado fuera de la experiencia —por ejemplo, el Derecho natural— no es objeto de la ciencia jurídica; no lo es, por lo menos, de la teoría pura del Derecho. Y si la teoría egológica tiene que confesar que el Derecho aparece en la experiencia “siempre en las determinaciones de facultad, prestación, entuerto o sanción”, la teoría egológica afirma exactamente lo mismo que la teoría pura del Derecho, puesto que una “facultad”, una “prestación”, un “entuerto” o una “sanción” son definidos por las normas del Derecho. La palabra “definición” o “determinación” significa aquí lo mismo que normación, es decir, es un modo de expresar el “Derecho”. La confesión de que la intuición egológica del Derecho no puede lograr ninguna de estas “determinaciones” sin “referencia a una norma”, significa que no se puede llegar al Derecho

más que por las normas, para la teoría pura del Derecho tanto como para la teoría egológica. La norma, que es arrojada de la entrada principal del palacio de la teoría egológica, vuelve a colocarse por una puerta falsa. La apariencia de una oposición con la teoría pura del Derecho solo se mantiene por cuanto que en lugar de la palabra “Derecho” se utiliza la expresión sinónima “determinación”. Y esa apariencia hay que mantenerla, porque el profesor Cossio vuelve a su punto de partida, contradiciendo todas sus anteriores afirmaciones, al decir: “El Derecho como objeto ha quedado patentizado como conducta en interferencia intersubjetiva y esto se ha logrado mediante una pura intuición eidética de su faz óptica, sin recurrir para nada a normas de ninguna clase”.

Pero el profesor Cossio no parece estar muy seguro de haber probado suficientemente su tesis. Pues considera necesario ilustrarla con el siguiente ejemplo: “Cuando fueron los aviones alemanes, en 1914, a bombardear París, trasladaron la Venus de Milo al sótano del Louvre, cubierta de bolsas de arena, para protegerla de las bombas; y así con todo el tesoro artístico del gran museo. ¿Por qué no se podía proteger de la misma manera el Derecho francés, siendo también una realidad cultural? La respuesta es solo una: porque en la conducta de los franceses estaba el Derecho francés en presencia intrasladable” (p. 40). La ridícula pregunta, de por qué no se trasladó el Derecho francés a los sótanos del Louvre al igual que la estatua de la Venus de Milo, es una pregunta que se la puedo dirigir yo al profesor Cossio, no este a mí. Pues él y no yo es quien afirma que el Derecho, como la estatua de la Venus de Milo, es un objeto cultural; y que los objetos culturales consisten “en un substrato perceptible y un sentido espiritual”, de tal suerte que “substrato y sentido” se “interpenetran recíprocamente” (p. 35). Por tanto, debía ser la teoría egológica la que debía hacer llevar a los sótanos del Louvre al Derecho francés o, por lo menos, a su substrato perceptible, o sea, la conducta humana visible. Pero como el profesor Cossio vuelve contra mí la lanza —cuya punta está roma— y me dirige la pregunta, debo desengañarle y afirmar que hay todavía otra respuesta distinta de la “única” que él admite. La teoría pura del Derecho contesta a la pregunta —posible desde el punto de vista de la teoría egológica y que la reduce *ad absurdum*— diciendo que el Derecho es un sistema de normas, o sea, de contenidos de sentido, y no un objeto perceptible sensorialmente, como la conducta humana o la Venus de Milo, dos objetos que solo la teoría egológica pone en el mismo plano como objetos culturales; y precisamente por eso es imposible y carece de sentido, según la teoría pura del Derecho, encerrar el Derecho en los sótanos del Louvre. Mientras que si el Derecho fuese conducta humana —como afirma el profesor Cossio— sí que habría podido ser guardada en los sótanos del Louvre y de hecho lo fue, puesto que lo que llevó a ellos la Venus de Milo fue conducta de los franceses. Quizá replicará el profesor Cossio diciendo que él —tal vez previendo esta respuesta— afirmó en su teoría de la cultura que el objeto cultural no *tiene* un sentido, sino que *es* un sentido, y como tal

sentido no es perceptible. Pero yo tendría que recordarle que en su misma teoría de la cultura afirmó que el objeto cultural consiste en un substrato perceptible y un sentido espiritual, y que en cuanto trata de articular su teoría jurídica en su teoría cultural habla expresamente del *substrato perceptible* del Derecho.

Parece que el profesor Cossio cree poder definir el Derecho como conducta humana en su “interferencia intersubjetiva” sin recurrir a una norma, porque partiendo del principio de que está jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, puede llegar a la conclusión —contenida en todo lo anterior— de que el ordenamiento jurídico positivo regula directa o indirectamente toda conducta humana que cae bajo su ámbito de validez. Él dice (p. 38) que “la intersubjetividad a que alude la teoría egológica para definir ónticamente el Derecho, no se refiere exclusivamente al impedir, sino al impedir y al permitir a la vez; es decir, a la acción humana desde el punto de vista de su impedibilidad”, e inmediatamente añade: “Con esta intuición queda deslindado el ámbito total de lo jurídico y determinado el objeto específico de la ciencia jurídica”. Ahora bien, del hecho de que toda conducta humana pueda considerarse como regulada directa o indirectamente por el Derecho, no se sigue en modo alguno, como antes se dijo, que el Derecho es conducta humana. Todo lo contrario. En la proposición en cuestión, el Derecho es distinguido del objeto regulado por él, o sea, la conducta humana, presuponiéndose aquel como regulación, o sea, como norma. La intuición egológica no “delimita” —como afirma el profesor Cossio— “el ámbito total de lo jurídico”, sino tan solo el objeto de la regulación jurídica, o sea, la conducta humana. Y por eso tampoco determina el “objeto específico de la ciencia jurídica”, sino el objeto del Derecho. Al definir la teoría egológica el Derecho no como norma sino como conducta humana, confunde el objeto del Derecho, o sea, de la regulación jurídica, que es la conducta humana, con el objeto de la ciencia jurídica, que es el Derecho. Y esta confusión se halla íntimamente vinculada con el hecho de que la teoría egológica —como veremos seguidamente— no advierte la diferencia esencial que existe entre la función del Derecho, que es normar, y la función de la ciencia jurídica, que es conocer.

La teoría egológica sigue un curso paralelo al de la teoría marxista del Derecho, en su empeño de definir el concepto del Derecho haciendo caso omiso de las normas ⁽³⁾. Según la concepción materialista de la historia de Marx, que reduce todos los fenómenos políticos a determinados hechos económicos, el Derecho y el Estado son instrumentos específicos de explotación capitalista, que desaparecerán automáticamente tras la implantación del comunismo. De acuerdo con esta doctrina, los juristas de la Unión

(3) Cfr. mi escrito “Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischen Geschichtsauffassung” Archiv. f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen, 1931, ps. 449-521.

Soviética, durante el primer período de su existencia, bajo la dirección de Stuchka y Paschukanis, se pusieron en abierta oposición con la teoría jurídica “normativa”, a la que repudiaron como doctrina “burguesa”, y definieron el Derecho como mero agregado de fenómenos sociales, sin recurrir a las normas. “Relaciones sociales”, sin embargo, solo es un modo menos pretencioso de expresar la “interferencia intersubjetiva”. Naturalmente, los juristas soviéticos no podían identificar sin más el Derecho con todas las posibles relaciones sociales, pues entonces se habrían visto forzados a confesar que también en la sociedad comunista existía el Derecho. Por eso, solo identificaron el Derecho con las relaciones sociales características de la sociedad capitalista, o sea, las relaciones de la producción y la distribución capitalista de los bienes; es decir, trataron de reducir los fenómenos jurídicos a fenómenos económicos, con lo que podían disolver el concepto del Derecho como una función “ideológica”. Naturalmente, esta tendencia era paralela a la aversión política contra el Derecho, al que se creía condenado a muerte como maquinaria de explotación capitalista. Pero una vez que el Estado y el Derecho soviéticos se vieron estabilizados tras la completa destrucción de la economía capitalista, se produjo un cambio radical dentro de la teoría jurídica soviética. Bajo el nuevo y decisivo caudillaje del jurista Wyschinsky, se volvió a la teoría normativa y el Derecho fue nuevamente definido como un sistema de normas. Los juristas que de buena fe habían aceptado la sociología marxista y rechazado en consecuencia como ideología burguesa la teoría normativa, fueron ahora declarados enemigos del pueblo ⁽⁴⁾. Esto no fue debido, naturalmente, a motivos científicos, sino políticos. La teoría según la cual el Derecho es solo un instrumento de explotación capitalista, por lo que no puede tener cabida en una sociedad comunista, no se adapta a la realidad del Estado soviético, cuyo Gobierno está interesado en que el Derecho de ese Estado sea considerado y respetado como norma obligatoria. Pero esto significa que tan pronto como deja de rechazarse el Derecho en cuanto tal, no pueden cerrarse los ojos ante su carácter normativo. Y esto es también lo decisivo en la antítesis entre teoría pura del Derecho y teoría egológica: la negación del carácter normativo del Derecho, el tratar de definir el Derecho al margen de las normas, conduce a la negación del concepto mismo del Derecho. Y como la teoría egológica quiere evitar esta consecuencia, se ve forzada en última instancia a recurrir a las normas.

IV

Una ulterior diferencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica es mi distinción entre *norma* jurídica y *proposición* jurídica. La teoría

(4) Véase el volumen colectivo *Soviet Legal Philosophy*. Translated by Hugh W. Babb. With an Introduction by John N. Hazard. 20th Century Legal Philosophy Series, vol. V. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1951, ps. 284, 337.

pura del Derecho afirma algo que nunca fue negado por nadie, porque es una verdad evidente, a saber, que existe una diferencia esencial entre la función de la autoridad que crea el Derecho y establece las normas y la función de la ciencia jurídica, que no crea el Derecho, sino que únicamente conoce y describe el Derecho creado por la autoridad jurídica mediante juicios que yo he llamado proposiciones jurídicas a diferencia de las normas jurídicas establecidas por la autoridad. La autoridad jurídica no tiene que *describir*; lo que ella hace es *prescribir*: da conceptos, es decir, establece normas.

La teoría jurídica tradicional no ha puesto nunca en tela de juicio esta diferencia, aun cuando terminológicamente no la haya expresado con suficiente claridad, puesto que empleaba la palabra Derecho, indistintamente, para significar tanto el objeto de la ciencia jurídica como esta ciencia misma; así, por ejemplo, se habla del “Derecho internacional clásico” para hacer referencia a la teoría clásica del Derecho internacional. Yo he aludido repetidamente a lo erróneo de esta teoría; y para evitar equívocos he propuesto llamar normas jurídicas a las normas del Derecho y proposiciones jurídicas a las proposiciones de la ciencia jurídica.

Estas proposiciones jurídicas, y no las normas establecidas por la autoridad, son juicios hipotéticos mediante los que la ciencia jurídica describe la específica vinculación existente entre los hechos condicionantes y las consecuencias del entuerto. Por eso el profesor Cossio no presenta exactamente la diferencia entre norma jurídica y proposición jurídica cuando dice en la página 46 que, según mi doctrina, el órgano jurídico emite “juicios prescriptivos”. Normas como, por ejemplo, paga tus deudas, di la verdad, castiga al delincuente, no constituyen juicios. Pero si una ciencia describe estas normas y aclara su sentido diciendo que, conforme a un determinado ordenamiento normativo, el hombre debe pagar sus deudas, decir la verdad, castigar al delincuente, es evidente que *ella* emite entonces un juicio descriptivo. El libro en el que he criticado hace más de cuarenta años la teoría imperativa, mis *Problemas capitales de la teoría del Derecho del Estado*, lleva como subtítulo: “desarrollos desde la doctrina de la proposición jurídica”. La finalidad de esta crítica era demostrar que la proposición jurídica no es un imperativo, sino un juicio. Confieso, sin embargo, y así lo he hecho hace ya tiempo, que en un principio no he visto con toda claridad la diferencia entre la norma de Derecho y la proposición jurídica. Por lo que se refiere a la pregunta que me dirige el profesor Cossio, si la norma es una “orden” le repetiré lo que ya he dicho muchas veces, a saber, que se la puede llamar “orden” a condición de darse cuenta de que se utiliza esa palabra en un sentido que no es el suyo originario. Pues una orden existe cuando un hombre expresa su voluntad dirigida hacia la conducta de otro hombre y este adquiere conocimiento de esa expresión de voluntad. El ordenante tiene que querer el contenido de su orden. En mi análisis del más importante de los actos creadores de normas, el acto legislativo, he mostrado que los hombres

que ejecutan dicho acto, los miembros del Parlamento no necesitan dirigir su voluntad al contenido de la ley aprobada por mayoría de votos, que los miembros de la mayoría muchas veces no conocen o conocen muy superficialmente; que lo único que tienen que querer es la emisión de su voto; que los miembros de la minoría no quieren seguramente el contenido de la ley contra la cual votan y, sin embargo, su participación en el acto legislativo es esencial; y que si los miembros de la mayoría cambian su voluntad respecto del contenido de la ley —supuesto que han tenido alguna—, pero no la manifiestan mediante un acto formal de derogación de la ley aprobada, esta sigue en vigor, mientras que si se tratase de una orden verdadera, esta dejaría de existir tan pronto como su autor variase su voluntad con respecto al contenido de la misma. El producto del acto legislativo es cabalmente una norma válida y, por ende, obligatoria, mientras que mediante una orden solo se constituye una norma vinculante para el destinatario, bajo el supuesto de que su autor esté autorizado para mandar y el destinatario obligado en consecuencia a obedecer.

En la diferencia entre la norma jurídica establecida por la autoridad y la proposición jurídica formulada por la ciencia del Derecho se trata, ante todo, de señalar que la ciencia jurídica tiene una función cognoscitiva, mientras que la esencia de la función de la autoridad no es conocer, sino normar. Pues, por lo demás, ¿qué es lo que podría conocer la autoridad jurídica? Solo el Derecho, puesto que su conocimiento no podría ser más que conocimiento jurídico. Ahora bien, si solo pudiera conocer el Derecho, este tendría que ser establecido por otra autoridad. Tal es la concepción de la teoría del Derecho natural, por virtud de la cual la misión del legislador no es otra que conocer y formular el Derecho creado por la naturaleza o por Dios en la naturaleza; o como se dice en el iusnaturalismo enmascarado de “sociología” de León Duguit: “comprobar” el Derecho engendrado por la *solidarité sociale* ⁽⁵⁾. Como teoría del Derecho positivo, la teoría jurídica pura tiene que rechazar tal concepción; y si la teoría egológica no lo hace se expone a la sospecha de incurrir en iusnaturalismo. El Derecho positivo no puede ser meramente “conocido” por el legislador, sino que este lo crea, y solo por él puede ser creado. Y tiene que serlo para que la ciencia jurídica pueda conocerlo y describirlo. Tal es el sentido de las tesis sustentadas frente al Derecho natural por las teorías del Derecho positivo cuando afirman que la ciencia jurídica no puede ser fuente del Derecho. Cuando en el sentido de la epistemología kantiana se dice del conocimiento jurídico, como de todo otro conocimiento, que constituye su objeto, y se habla de esta constitución como de una *producción* del objeto, esto no pasa de ser una expresión metafórica. Esta producción debe entenderse en sentido puramente epistemológico, como cuando se dice que la ciencia natural “produce” la naturaleza

(5) Cfr., mi *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945, p. 147.

como objeto suyo, sin que su producción se equipare a la de la naturaleza por Dios, en la doctrina teológica, a la de la máquina por el hombre o a la del Derecho por la autoridad jurídica.

En la decisión judicial, la situación parece ser distinta; y una antigua escuela de la jurisprudencia positivista ha visto en la función del juez un mero conocimiento del Derecho producido por el legislador. Por eso se habla de una “averiguación del Derecho” por el juez, de un “conocimiento” judicial. Parece que esta es la razón por la que la teoría egológica se refiere con tanta preferencia a la decisión judicial. Pero la teoría pura del Derecho ha mostrado en la teoría gradual (*Stufenbautheorie*) desarrollada por Adolf Merkl, que la esencia de la función judicial no es el conocimiento de un Derecho ya previamente fijado y acabado, sino la continuación del proceso de creación jurídica, y que el juez hace lo mismo que el legislador, o sea, normar, establecer normas, aunque de carácter individual a diferencia de las normas generales del legislador. Incluso cuando el juez establece de modo auténtico un supuesto de hecho establecido en una norma jurídica general como condición de ciertas consecuencias jurídicas, la significación de este establecimiento no es la de un acto de conocimiento, sino la de un precepto; el precepto obligatorio de considerar como dado un supuesto de hecho incluso cuando *en verdad* —en la única verdad que interesa al conocimiento— no es dado. El llamado conocimiento judicial nace con fuerza de Derecho en un estadio en el que ya no puede suprimirse. Pero ningún conocimiento auténtico, o sea ningún conocimiento científico puede nacer con autoridad de cosa juzgada, puesto que su verdad podría ser revisada en todo momento y en consecuencia ser rechazado como falso y, por ende, suprimido.

Naturalmente, que la esencia de la función legislativa y judicial no sea el conocer, sino el normar, no significa que el legislador y el juez no conozcan algo antes de cumplir su función específica de establecer normas. El legislador conoce, o debe conocer, la constitución y las relaciones que trata de regular; el juez conoce o debe conocer la ley que aplica y las circunstancias del caso que debe resolver. Pero, de hecho, la función normativa puede ejercerse sin este conocimiento y no es raro que ocurra así. A lo sumo, la adquisición de estos conocimientos es un supuesto no la esencia de la función legislativa y judicial.

La diferencia entre la función de la autoridad jurídica y la de la ciencia del Derecho se patentiza singularmente en la diferencia que existe entre interpretación auténtica y la interpretación doctrinal.

Yo llamo “interpretación” a la interpretación de una constitución, de una ley, de un tratado internacional o de un contrato privado, de una decisión judicial, en una palabra, del contenido de cualquier norma concreta creada por una autoridad jurídica. Cuando yo digo que la ciencia jurídica utiliza la norma de Derecho como “esquema de interpretación”, es claro que

no me refiero a la interpretación del contenido de una norma jurídica concreta. Lo único que quiere decirse es que la ciencia jurídica solo puede entender los actos de la conducta humana como actos jurídicos o antijurídicos en cuanto que los conoce como actos definidos por las normas jurídicas.

Con referencia a la interpretación del contenido de normas jurídicas concretas, la función de la autoridad jurídica y la de la ciencia del Derecho parecen tener a simple vista un carácter idéntico, como si en ambos casos se tratase de conocimiento. Pero una investigación más a fondo prueba que la verdad no es ésa. La interpretación de la ciencia jurídica no tiene efecto jurídico alguno; es puro conocimiento. Se puede decir de ella, con plenitud de sentido que es exacta (verdadera) o falsa. En cambio, la interpretación de la autoridad jurídica es auténtica y, por tanto, obligatoria, pues tiene efecto jurídico. De ella no tendría sentido decir que es verdadera o falsa, pues aun cuando fuese falsa desde el punto de vista del conocimiento puro, sería, sin embargo, Derecho, o sea norma y en cuanto tal no sería ni verdadera ni falsa, sino válida o no válida, y en este último caso no sería una norma, sino solo la apariencia de una norma. Que la interpretación de la autoridad jurídica es auténtica, o sea obligatoria, significa que es obligatoria la norma creada por la autoridad cuando aplica una norma superior. Solo una norma puede ser obligatoria. Parece que esta norma se justifica en la interpretación que en ella se patentiza. Pero en realidad no es así, sino al revés, la interpretación se justifica por la norma establecida por la autoridad. Pues para que la interpretación tenga lugar es menester que la norma exista como válida y solo en tanto que subsiste su validez es posible la interpretación, completamente al margen de que sea exacta (verdadera) o falsa desde el punto de vista del conocimiento. Por esto carece de sentido aplicar a la interpretación de la autoridad jurídica la medida del conocimiento, o sea el criterio de verdad que son el criterio y la medida propios del conocimiento científico-jurídico. Un ejemplo puede aclarar lo dicho. Supongamos que una ley prescribe, sin excepción alguna, la pena de muerte para el caso de alta traición. Ahora bien, en un caso determinado, un tribunal aplica una pena de privación de libertad. Supongamos todavía que el tribunal fundamenta expresamente su decisión. Sabemos, sin embargo, que esta fundamentación no es esencial, que el establecimiento de una norma por aplicación de una norma superior puede darse sin esa fundamentación como, por ejemplo, el órgano legislador establece casi siempre sus normas generales sin fundamentar expresamente su constitucionalidad, y cuando esta fundamentación se da, es distinta de la auténtica función normativa e irrelevante para esta. Supongamos aún que el tribunal, en su fundamentación, interpreta la ley que aplica en el sentido de que, si bien no establece ninguna excepción para la pena de muerte, no por eso deja de ser posible alguna excepción. Si un jurista científico sustentase semejante interpretación de la ley, otro jurista podría rechazarla como falsa. Pero la interpretación del tribunal, o mejor, la decisión del tribunal fundada con esta interpretación existe como Derecho y como

tal conserva su fuerza, en tanto que no es derogada por una autoridad competente. No tiene sentido afirmar que una decisión judicial es falsa, si existe como Derecho.

Solo puede decirse que, mientras no adquiere fuerza de Derecho, puede ser derogada. Pero lo mismo puede ocurrir con una decisión exacta, o sea verdadera desde el punto de vista del conocimiento puro. Supongamos que el fiscal apela de la sentencia del tribunal a la instancia superior y que esta confirma la decisión del tribunal inferior, que de ese modo adquiere fuerza de Derecho. Esto significa que, en ese caso, es Derecho castigar la alta traición con prisión y no con pena de muerte, aun cuando ello sea falso desde el punto de vista puramente epistemológico de la interpretación de la ley, que no es aplicable a la interpretación por autoridad jurídica. Decir de una decisión judicial existente jurídicamente o dotada de fuerza de Derecho que es falsa, es tan carente de sentido jurídico como decir de un condenado en firme por un delito que ha sido condenado inocente. Resulta de aquí que lo que se llama “interpretación” por la autoridad jurídica es cosa distinta de la interpretación cognoscitiva del contenido de una norma jurídica por el jurista científico, o de la interpretación, parecida a esta, por el teólogo, de un pasaje de la Biblia. Con la interpretación de la autoridad jurídica se crea algo: Derecho. Pero el jurista científico no crea Derecho con su interpretación, como el teólogo no crea con su interpretación un nuevo pasaje de la Biblia. O, con otras palabras: la autoridad jurídica puede modificar el Derecho con su interpretación: pero con la interpretación científica, ni el jurista puede alterar el Derecho ni el teólogo la Biblia.

La teoría pura del Derecho no ha sido la primera en afirmar que, muy a menudo, los tribunales, con el pretexto de limitarse a interpretar el Derecho existente, es decir, esclarecer su sentido por la vía del conocimiento, han creado en realidad Derecho nuevo. Lo que hace la teoría pura del Derecho es establecer que la llamada interpretación, implicada en la aplicación de una norma superior por la autoridad jurídica, constituye producción de Derecho y por eso es esencialmente distinta de una pura función de conocimiento.

Tal es la situación teórica sobre la que se basa la distinción entre norma de Derecho y proposición jurídica.

A diferencia de la teoría pura del Derecho, la teoría egológica afirma que entre la función de la autoridad jurídica y la de la ciencia del Derecho no existe diferencia alguna, puesto que ambas son conocimiento. “Tanto el órgano como el jurista, al pensar sobre el Derecho, que es conducta, lo hacen con normas: la conceptualización de ambos es igualmente normativa hasta la identidad; en este sentido no producen nada diferente” (p. 50). Por eso rechaza la teoría egológica la distinción entre norma de Derecho y proposición jurídica. Antes de entrar en el análisis de esta teoría debo decir que, si el obrar del órgano y el del jurista científico no son cosas esencialmente

diferentes, una de las dos es superflua, pues entonces lo que hace el órgano es ciencia, y la misma ciencia que la del jurista, y no se comprende la necesidad de una ciencia jurídica si ya existe la ciencia del órgano, y a la inversa. Y si se dice que el conocimiento del jurista no es posible sin la previa función del órgano jurídico, porque lo que el jurista conoce es lo que el órgano crea, entonces se está afirmando que las funciones del órgano y del jurista son dos cosas diferentes.

El profesor Cossio llama pensamiento “normativo” al conocer que, según la teoría egológica, es función tanto del órgano jurídico como del jurista. Pensamiento normativo no puede tener otra significación que pensar una norma. Como esta norma, en cuanto norma positiva de Derecho, no puede ser un invento del jurista que la piensa, tiene que ser producida por otro para que aquel pueda pensarla. Y ese otro no puede ser sino el órgano jurídico, el cual crea lo que luego el jurista piensa y describe en proposiciones que en modo alguno son normas, porque del jurista que no es órgano jurídico no pueden emanar normas obligatorias. Pero la teoría egológica parece suponer que existen dos normas diferentes, de las cuales una es emitida o pensada por el órgano, la otra por el jurista. Y lanza contra mí la afirmación de que el obrar del órgano y el obrar del jurista son distintos uno de otro y que la diferencia que ciertamente existe no es entre norma de Derecho y proposición jurídica, sino entre dos normas: la del órgano y la del jurista. “La diferencia buscada no es, por tanto, entre norma y proposición jurídica como supone Kelsen, sino entre la norma en sí misma, la norma directamente positiva, de un lado, y la norma positiva a secas, de otro” (p. 50). Yo no creo que nadie pueda imaginarse en dónde radica la diferencia entre una “norma en sí misma, la norma inmediatamente positiva” y una “norma positiva a secas”. Tampoco se sacará mucho de la explicación siguiente: “pues las normas que salen de la mente del órgano *se presentan* como vigentes o eficaces en sí mismas —y aunque en verdad no lo fueran, como ocurre si nacen muertas o caen en desuso, así igualmente se presentan— porque la mención intencional de la norma de un órgano a la conducta toma contacto de modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho en cuanto que es una conducta que se conoce a sí misma pensándose como conocimiento e intuyéndose como hecho. En cambio, las normas que salen de la mente del jurista toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación, esta vez efectuado por un jurista que intuye el hecho de los órganos o sus rastros y por encima de todo, que intuye el comportamiento de los hombres que viven el Derecho, al cual se refiere el jurista” (p. 50). Es incomprendible que puedan ser normas “eficaces” normas que “han nacido muertas”, o sea que no han sido eficaces, y que precisamente las normas que aparecen como “eficaces” hayan de ser consideradas “válidas en sí mismas”. Más incomprendible aún es que “la mención intencional de la norma emitida por un órgano” se refiera “direc-

tamente y en el acto mismo de la normación a la positividad o existencia del Derecho, o sea, al parecer, que el órgano trata de crear Derecho eficaz porque se trata de “una conducta que se conoce a sí misma, que se piensa como conocimiento y se intuye como hecho”. Una conducta no puede conocerse a sí misma, ni pensarse como conocimiento ni intuirse como hecho. Todas estas proposiciones son palabras sin sentido. ¿De qué conducta se trata, por lo demás? Sin duda, de la conducta del órgano, de cuya mente emana la norma, la “norma del órgano”. ¿Y cómo nace esta norma de su mente? No sin su conducta, sin ese *deus ex machina* que es el “acto de normación”, el cual no es, de fijo, un acto de pensamiento o de conocimiento. Muy discutible es la afirmación de que las “normas emanadas de la mente del jurista” solo toman indirectamente contacto con la positividad del Derecho, puesto que de la mente del jurista no puede emanar norma alguna, por lo menos normas como las que emanan de la mente del órgano; y si con ello quiere decirse únicamente que el jurista piensa normas, la afirmación de que estas solo toman contacto indirecto con la positividad del Derecho es falsa porque precisamente el jurista es el único que contempla como válido un ordenamiento eficaz en su conjunto. Pero no se trata de nada de esto. Lo que resulta de los razonamientos anteriores es que la teoría egológica admite que el órgano emite normas como las emite el jurista; y que la teoría egológica rechaza el dualismo de norma de Derecho y proposición jurídica solo para sustituirlo por el dualismo de norma emanada del órgano y norma emanada del jurista; y eso es lo que hace la misma teoría egológica que antes había afirmado poder comprender el Derecho “sin referencia a una norma” y “sin conceder la menor influencia a lo normativo”. Ahora se ve que, para comprender el Derecho, la teoría egológica recurre no a una norma, sino a dos. Pero la norma emanada de la mente del órgano no es sino la norma creada por la autoridad jurídica, mientras que la norma emitida por la mente del jurista es la proposición jurídica que le corresponde formular.

En las frases anteriormente citadas se afirma que el acto en el que el órgano crea la norma, o la norma así creada, es conducta que se conoce a sí misma, que se piensa como conocimiento y que se contempla como hecho. El objeto del conocimiento que se dice función del órgano jurídico es la propia conducta del órgano y como según la teoría egológica esta conducta es conocimiento, se trata de un conocimiento que se conoce a sí mismo. Pero más adelante dice el profesor Cossio: “Es de toda evidencia que la norma como tal, en cuanto que es una mención significativa, describe algo, algo que es libertad, en forma de conocimiento, con lo cual resulta ser conocimiento” (p. 54). El objeto del conocimiento que se dice ser función del órgano es cierta libertad: ¿será la libertad del mismo órgano jurídico? Por su contenido, la norma de que aquí se habla no se refiere al acto del órgano jurídico, sino a la conducta de otros. Por tanto, también a la libertad de los hombres cuya conducta regula. Pero sí la norma “describe algo en forma de conocimiento”, solo puede ser la conducta que “prescribe” y no “describe”,

y no, por tanto, la libertad de los hombres cuya conducta prescribe. Que estos hombres sean libres es la hipótesis errada de los juristas que son filosóficamente indeterministas. También el órgano jurídico puede partir de la misma hipótesis; pero esta es completamente irrelevante y muchos órganos están convencidos de que su función creadora de normas, y no cognoscitiva, no puede lograr el éxito apetecido más que si los hombres cuya conducta regulan no son libres, o sea, causalmente indeterminados, o sea, por el contrario, cuando creen que su conducta está sometida a la ley causal y por eso tratan de provocar causalmente la conducta deseada mediante el acto de creación de la norma. Es una vacua tautología afirmar que de ese modo la norma se convierte en conocimiento, que describe en forma de conocimiento una supuesta libertad, o sea, que se convierte en conocimiento porque conoce algo. El profesor Cossio continúa: “[La norma es] conocimiento de la norma más elevada de la que toma su validez y conocimiento, a la par, de los hechos que señala como antecedentes y de las consecuencias que señala o prescribe”. La “libertad” que la norma describe en forma de conocimiento es, por tanto, una norma. Resulta completamente incomprensible cómo la libertad, es decir, la indeterminación causal de la conducta humana, puede ser una norma reguladora de esa conducta, aun dando por bueno que la normación jurídica presuponga la libertad del hombre cuya conducta regula. En el pasaje anteriormente citado, afirma el profesor Cossio que la norma del órgano se conoce a sí misma; pero ahora, la norma conoce otra norma, la “norma más elevada de la que toma su validez”. Que la norma establecida por un parlamento legislativo por virtud de la cual la alta traición se castiga con la pena de muerte, describa en forma de conocimiento la norma constitucional que otorga al parlamento su competencia legislativa, es algo que no puede afirmar ni aun la fantasía más exaltada por la fenomenología existencial. Pero según la teoría egológica, la norma no es solo la descripción en forma de conocimiento de una norma superior, sino también del hecho condicionante y condicionado de su contenido. Es evidente de suyo que una norma tiene que tomar referencia a ciertos hechos, o sea a determinados contenidos. Pero lo que importa es el sentido de esta referencia. Y este sentido no puede ser el de la descripción en forma de conocimiento, sino el de la prescripción normativa. El mismo profesor Cossio, tiene que decir aquí que la norma “prescribe” las consecuencias jurídicas. La determinación de los hechos que constituyen el contenido de la norma, no acontece con el fin de describirlos en forma de conocimiento, sino para prescribir una determinada conducta. Si una ley prohíbe el robo de energía eléctrica porque establece una pena para ese hecho, y con tal motivo da una definición de la electricidad, es claro que esta definición tiene un sentido completamente distinto del de un tratado de Física, incluso en el caso de que el legislador reproduzca la definición del Tratado. A diferencia de esta, la definición del legislador es obligatoria; tiene el sentido de que los órganos de aplicación de la ley están sujetos a entender por “electricidad” lo que el legislador ha de-

finido como tal. Esa definición es, pues, también una prescripción y no una descripción. Por lo que se refiere al establecimiento del supuesto de hecho en la decisión judicial, me remito a lo dicho anteriormente.

Tal es la situación de la teoría egológica en cuanto a la función cognoscitiva del órgano jurídico.

V

Finalmente, la teoría egológica rechaza la distinción entre estática y dinámica, que para la teoría pura del Derecho no es esencial en modo alguno, aun cuando la considera útil para la exposición de sus propios fines. El profesor Cossio objeta contra ella que suprime la unidad del objeto cognoscitivo, puesto que el objeto de la consideración estática serían las normas, y en cambio, el objeto de la consideración dinámica serían actos jurídicos, esto es, conducta humana, con lo cual yo caería en oposición con mi propia actitud contra la “teoría de las dos caras” del Estado, fundada por mí en la afirmación de que rompe la unidad del objeto de conocimiento. La consideración dinámica se refiere solo a la conducta de los órganos jurídicos, mientras que el Derecho regula no solo esta, sino también la conducta de los hombres que no son órganos jurídicos, especialmente la conducta no prohibida y, por ende, permitida. De ese modo, la consideración dinámica del Derecho incurre en conflicto con el axioma según el cual lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido.

Frente a esto he de notar que tanto el objeto de la consideración estática como el de la consideración dinámica son normas de Derecho que regulan la conducta humana. Yo no he dicho nunca que el objeto de una consideración sean normas de Derecho y el de la otra no sean normas sino conducta humana, porque en ambos casos solo viene en cuestión la conducta humana *en cuanto es una conducta regulada por normas de Derecho*. Puesto que el Derecho regula su propia producción por medio de normas establecidas por órganos jurídicos, se pueden contemplar las normas reguladoras de esta producción o, lo que es lo mismo, esta producción de Derecho regulada por el Derecho —es decir, un específico contenido jurídico— en cuanto proceso, y esto y no otra cosa es la consideración “dinámica” del Derecho. El que en ese caso se presente en primer plano un determinado contenido de las normas, a saber, los actos por ellas regulados de producción del Derecho, no significa en modo alguno que se pierdan de vista las normas jurídicas, o sea, el hecho de que los actos productores de Derecho están regulados por normas jurídicas, y no se opone de ninguna manera el principio fundamental de la teoría pura del Derecho según el cual los actos de conducta humana solo pueden ser considerados como actos jurídicos y singularmente como actos productores de Derecho en cuanto que están definidos como tales por el Derecho. Por eso es inexacta la descripción que hace el profesor Cossio de

la diferencia entre consideración estática y dinámica, afirmando que “en el primer caso se muestran las normas del Derecho, y en el segundo los actos jurídicos de su creación y aplicación” (p. 61). Pues, según *mi* propia concepción, en uno y otro caso se muestran normas jurídicas; sino que en la consideración dinámica, el acento recae sobre un contenido específico de las normas: en la producción de Derecho regulada por dichas normas (y en la aplicación de Derecho, que también es creación jurídica); mientras que en la consideración estática el acento no recae sobre este contenido, no se trata de mostrar cómo es producido el Derecho —*con arreglo a los preceptos del Derecho*—, sino cómo regula el Derecho la conducta de los hombres que no son órganos jurídicos, aquella conducta humana que no consiste en la posición de actos productores de Derecho. Y debe observarse a ese propósito que el Derecho regula esa conducta cabalmente porque regula la conducta de los órganos de producción (y aplicación) de Derecho, los actos de producción (y aplicación) de Derecho. El Derecho prohíbe a los hombres que no son órganos jurídicos asesinar, desde el momento que prescribe a los órganos jurídicos castigar al asesinato. De ese modo estatuye el deber jurídico de no asesinar. El Derecho manda a los hombres que no son órganos jurídicos pagar sus deudas desde el momento que prescribe a un órgano jurídico ordenar la ejecución civil contra un deudor moroso. Y el Derecho “permite” a los hombres que no son órganos jurídicos realizar una determinada conducta desde el momento que *no prescribe* a dichos órganos ejecutar un acto coactivo en el caso de la conducta contraria, o sea, llevar a cabo un acto productor de Derecho que implique una sanción contra aquella conducta. Como ya antes dijimos que una conducta está jurídicamente permitida significa tan solo que no se halla jurídicamente prohibida. Por eso no es posible describir la conducta jurídicamente permitida de un hombre que no es órgano jurídico sin referirse *ipso facto* a la conducta *regulada por el Derecho* de los órganos jurídicos. Por tanto, son las mismas normas de Derecho las que constituyen el objeto tanto de la consideración estática como de la dinámica; y por eso no puede decirse, ni remotamente, que, con esta distinción, se rompe la unidad del objeto del conocimiento.

La situación no se parece en nada a la que provoca la teoría de las dos caras del Estado. Pues con arreglo a ella, el Estado sería, por una parte, un ordenamiento jurídico o una persona jurídica, mientras que por el otro lado sería un objeto que no tendría nada que ver con el Derecho y existiría con independencia de este. Mi objeción contra esta teoría se basa en que es imposible que uno y el mismo Estado sea a la vez Derecho y no Derecho; de suerte, que en esa teoría no se trata —como ella afirma— de dos caras de un mismo objeto, sino de dos objetos diferentes. Pero creo haber mostrado que este no es el caso con mi distinción entre consideración estática y consideración dinámica del Derecho. Y el profesor Cossio solo puede mantener la apariencia de lo contrario, formulándola falsamente, en contradicción con mis propios puntos de vista, dando a entender que, en mi opinión, el objeto

de una consideración serían las normas jurídicas y el de la otra la conducta humana.

Y con esto queda contestada por mi parte, de una vez para siempre, la pregunta del profesor Cossio sobre la relación entre la teoría del Derecho y la teoría egológica.

ENTRE EL REALISMO JURÍDICO Y EL IDEALISMO (*)

Por Barna Horváth

El auge del realismo jurídico norteamericano se ha interpretado como una de las “reacciones características ante la situación” en una época en que “la promesa rosada de los años veinte se fusionó con las sombras del valle de la depresión”. En este sentido, su inauguración ha sido denominada “una recaída en el realismo” (1). Aunque esta escuela fue quizá la primera, exclusiva y genuinamente norteamericana, se han observado reacciones similares antes y en otros lugares. En el pensamiento jurídico francés, por ejemplo, el realismo ha llegado a significar, en primer lugar, reacción a la Revolución; en segundo, la “libre investigación científica” como opuesto al “fetichismo de la ley” cultivado por los exégetas del Código Civil; tercero, después de la Segunda Guerra Mundial, la última etapa en la sistematización *progresiva* de los valores sociales —seguridad “formalista”, justicia “idealista” y progreso “realista”—, que solían caer en el orden inverso en tiempos de crisis (evolución *regresiva*) (2). Incluso el realismo jurídico escandinavo revela referencias ocasionales a la situación histórica, por ejemplo, las protestas de Hägerström y Lundstedt contra doctrinas que admiten que la guerra puede ser legítima en ambos lados. Esas doctrinas “deben incitar a las naciones que se sienten heridas en sus ‘derechos’ por guerras sangrientas” (3). Estas protestas reflejan la situación particular de los países neutrales amenazados por la disminución de las esperanzas de un orden internacional estable (4). Finalmente, el existencialismo jurídico de la variante argentina,

(*) Publicado en *Northwestern University Law Review*, vol. 48, nro. 6, 1953-1954, ps. 693-713. Traducción del inglés por Diego Luna.

(1) YNTEMA, Hessel, “Jurisprudence on Parade”, *Michigan Law Review*, 39, 1941, p. 1156.

(2) Cfr. HORVÁTH, Barna, “Social value and reality in current French legal thought”, *The American Journal of Comparative Law*, 1, 1952, ps. 243-55. La perspectiva descrita en el texto es la de ROUBIER, *Theorie generale du Droit* (2a. ed., 1951). Aún más ilustrativo del impacto de situaciones históricas es la visión de Haesaert de la “obligación incondicional” como el vehículo psicológico del derecho, como lo ejemplifican las condiciones de derrota militar, invasión y ocupación. Ver HAE-SAERT, *Theorie generale du Droit* (1948).

(3) HÄGERSTRÖM, Axel, *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (Olivecrona ed., 1953), p. 288; LUNDSTEDT, Vilhelm, *Superstition or rationality in action for peace* (1925).

(4) Las palabras citadas en el texto se publicaron por primera vez en 1928. Su relevancia para el realismo jurídico se revela en la secuencia: “Men have always desired pattern et circenses. But the use of a costume, which has been sewn in the work-room of a metaphysics of international law based upon ancient superstition, on the occasion of conflicts of interest which already suffice to excite na-

representado por Cossio, que exhibe muchos rasgos en común con el realismo, ha sido mostrado como históricamente condicionado, “estimulado por la revolución argentina de 1930” como un intento de dar forma “al ideal de ‘argentinidad’”⁽⁵⁾.

Si “el ataque crítico sobre el tradicionalismo racionalista, la subordinación de la doctrina jurídica a la realidad social, el énfasis en la relatividad y la incertidumbre del derecho tal como se administra realmente, el llamado a una actitud más sofisticada y experimental ante los problemas jurídicos”⁽⁶⁾ fueron, desde un principio, las marcas características del realismo jurídico norteamericano, también fueron compartidas, aunque en diversos grados, por las tendencias enumeradas anteriormente. Tan pronto como “la clasificación del realismo jurídico norteamericano en la categoría de positivismo” ha sido reconocida como superficial⁽⁷⁾, ya que su interés se vio en la sustancia del derecho, más que en la forma lógica, se ha descubierto otro rasgo que conecta esta tendencia, no solo con las antes mencionadas, sino también con otras, aparentemente opuestas, de tinte idealista⁽⁸⁾.

Generalmente se admite que “la mayor parte de la intransigencia de los realistas jurídicos [norteamericanos] ha desaparecido”⁽⁹⁾. En consecuencia, existe una singular discrepancia entre la caracterización temprana y el perfil actual, debido en parte a un cambio de carácter, en parte a una mala

tions against each other, is nowadays far too expensive a pleasure (...). The cloak of natural law is nowadays an obvious cultural danger”. HÄGERSTRÖM, *op. cit.*, supra nota 3, ps. 288-289.

(5) KUNZ, Josef, *Latin-American Philosophy of Law in the twentieth century*, 1950, ps. 111, 113.

(6) YNTEMA, Hessel, “Jurisprudence on Parade”, *Michigan Law Review*, 39, 1941, p. 1156.

(7) YNTEMA, Hessel, “The rational basis of Legal Science”, *Columbia Law Review*, 31, 1931, ps. 925, 946 n. 62.

(8) Este fue el caso de Dietrich Schindler, académico suizo de derecho constitucional e internacional, quien ya en 1928 enfatizó la necesidad de pasar de la forma a la sustancia. Ver SCHINDLER, Dietrich, “Der Kampf ums Recht in der neueren Staats-rechtslehre”, en *Recht, Staat, Völkergemeinschaft. Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlaß*, 1948, p. 19. En el prefacio de este libro, Max Huber destacó la alta calidad de las obras de Schindler y, en particular, su búsqueda de los factores extralegales del derecho. En su tratado, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (1944), Schindler elaboró un método para combinar momentos formales y materiales —orden y poder, por un lado, y ética y necesidades vitales, por otro— dentro de la estructura interna del derecho, así como elementos legales y extralegales dentro del conjunto social. Esta relación complementaria entre lo jurídico y lo extralegal, este carácter compensatorio del ambiente (factores ambientales), lo llamó el problema externo del derecho. Lo trató con una visión realista, remontándose a la insistencia de Eugen Hubers en la realia de la legislación, no divorciada de un reconocimiento sobrio de los principios idealistas, admitiendo incluso el derecho natural que, sin embargo, está sustancialmente atenuado por consideraciones realistas. Sin embargo, fue durante la Segunda Guerra Mundial, cuando Schindler jugó un papel importante en la reivindicación de la neutralidad suiza, cuando su filosofía del derecho maduró hasta convertirse en un realismo acérrimo, perfectamente equilibrado por su idealismo práctico, penetrando hasta las raíces mismas de la democracia suiza, señalando infaliblemente su camino en la confusión, exhibiendo así sus valores e ideales duraderos. Sus trabajos escritos en este período, hasta su prematura muerte en 1948, son notables ejemplos de realismo completamente integrado en la situación histórica y libre de exageraciones.

(9) COWAN, Thomas “A report on the status of Philosophy of Law in the United States”, *Columbia Law Review*, 50, 1950, ps. 1094-1095.

comprensión de su naturaleza y características permanentes ⁽¹⁰⁾. Incluso la cuidadosa investigación actual de los puntos en los que los realistas iban más allá de las posiciones del pragmatismo avanzado, como la representada por Dewey, coincidió curiosamente con concesiones considerables que corrigieron esas desviaciones ⁽¹¹⁾. El determinismo, el conductismo, el cientificismo, el nominalismo, el irracionalismo y el romanticismo están ahora completamente abandonados o reducidos al papel de principios complementarios. Esta es la posición de Frank, quien defiende el “escepticismo de los hechos”. Sin embargo, esto no parece una posición unánime. Porque si todos los “hechos son conjeturas”, incluidos los acontecimientos físicos e históricos, entonces el carácter “conjetural” de los hechos “hallados” por los tribunales es apenas sorprendente. Pero las propuestas hechas para aproximar las conclusiones judiciales a los hechos parecen implicar que, de algu-

(10) Se pensó así que el determinismo económico se estaba transformando en determinismo psicológico y realismo escéptico. Ver POUND, Roscoe, “Fifty years of Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 61, 1938, p. 785. Sin embargo, Jerome Frank ha repudiado el determinismo de cualquier tipo, y en particular el determinismo psicológico, en un libro que es fácilmente la mejor reivindicación disponible de la fe indeterminista, junto con una aplastante refutación del materialismo histórico, el marxismo, el freudismo y otras variantes de fatalismo científico. Frank, Jerome, *Fate and Freedom: A Philosophy for Free Americans* (1945). También se creyó que el realismo implicaba un “principio de exclusión”. Ver FULLER, Lon, “American Legal Realism”, *University of Pennsylvania Law Review*, 82, 1934, p. 429. La acusación de “nominalismo” parecía tan grave que se ha planteado la pregunta: “¿No puede uno tener libertad en su metafísica —ser nominalista, realista crítico o incluso idealista de mentalidad liberal— y seguir adscribiéndose a las tendencias esenciales del realismo jurídico?”. Ver YNTEMA, Hessel, “Jurisprudence and Metaphysics. A Triangular Correspondence”, *The Yale Law Journal*, 59, 1950, p. 279. Esta estimulante pregunta ha resuelto el problema en el sentido en que Radin concluyó anteriormente que el realismo no excluye la lógica formal sino solo los excesos del conceptualismo. Ver RADIN, Max, “Legal Realism”, *Columbia Law Review*, 31, 1931, ps. 824-828. Es más, si el error de los realistas fue visto en “la creencia de que el individuo en su propio pensamiento privado no emplea universales y abstracciones” (FULLER, *supra*, p. 444), hoy Frank da mucha importancia a la gestalt y está seriamente perturbado por el desconcertante problema de que en el caso de un veredicto especial “la decisión no será el resultado de un gestalt”. FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, 1950, p. 252.

(11) Esto se aplica a la teoría de la “corazonada” y la correspondiente teoría de la “racionalización”. Como ha demostrado Patterson, la posición de Dewey en cuanto al juicio irreflexivo era que, si bien puede ser “razonable”, este no es “razonado”. PATTERSON, Edwin, “Dewey’s Theories of Legal Reasoning and Valuation”, en *John Dewey: Philosopher of Science and Freedom* (Hook ed. 1950), ps. 118-133. Distinguiendo la “lógica de la exposición” de la lógica “de la búsqueda y la indagación”, pensó en las opiniones escritas que establecían los fundamentos de la decisión como un control de la arbitrariedad, al mismo tiempo que proporcionaban una regla para decisiones futuras. Tampoco compartía la opinión “básicamente errónea e impracticable” de que trabajar con “hechos” por sí solos y sin una valoración a la vista podría proporcionar “la base empírica ya preparada para nuevas valoraciones jurídicas”. *id.*, p. 133. A pesar de esta cuidadosa apreciación de las diferencias, casi desaparecieron en el nuevo libro de Frank. FRANK, *Courts on Trial*, 1950, p. 252. Frank ahora admite que “la lógica no tiene por qué ser enemiga de las corazonadas (...). Por supuesto, el mero hecho de que la razón dada para un acto o juicio sea ex post facto no invalida esa razón”. *id.* ps. 183-184. Además, respalda sinceramente el juicio intuitivo, en sí mismo perfectamente racional pero inexpressable, ese “conocimiento sin palabras” del juez de primera instancia que “ha llegado a una verdad no-lógica”. *id.*, ps. 172, 174. Que nos ocupamos aquí de un elemento importante puede verse en las divertidas afirmaciones y contrademandas de prioridad en el descubrimiento de la “metáfora de las bellas artes” o la “analogía musical”. Frank lo reclama a partir de 1945-1947. *id.*, p. 295. Cossio ahora lo reclama a partir de 1944. Ver COSSIO, Carlos, “La bi-valencia de la verdad y el error como fuerza de convicción y como arbitrariedad”, *La Ley*, Buenos Aires, 25/4/1953, p. 4 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 269].

na manera, los “hechos objetivos”, los “hechos en sí mismos”, no obstante, existen. Esto contradice la tesis general.

Otra dificultad es la opinión de que, hasta que un tribunal lo resuelva, los derechos legales no están “comprobados”. Por último, la “tesis antropológica” de que las regularidades sociales funcionan a través de decisiones judiciales no se refuta señalando el carácter “patológico” del litigio. “Comprobada” o no, la inmensa mayoría de las relaciones jurídicas (derechos y deberes) no llega a convertirse en “patológica” en absoluto. Es absurdo discutir que no hay salud, hasta que se restablece en un caso patológico. Es una miopía judicial pretender que toda seguridad jurídica se produce, en vez de ser simplemente reflejada, en decisiones judiciales.

El “escepticismo de los hechos”, en su tesis *general*, se está moviendo hacia el *idealismo*, ya que la vara de medir hechos, si se piensa como “las conjeturas de cualquiera”, ya no es un hecho “objetivo”, o un hecho “en sí mismo”, sino un resultado “satisfactorio” como un estándar evaluativo. Sin embargo, en su *particular* aplicación práctica, el “escepticismo de los hechos” recae en el *realismo*, ya que presupone “hechos concretos” objetivos, por ejemplo, el hecho de que el criminal condenado no cometió el crimen, o que el acusado pagó su deuda, incluso si esto no puede ser probado porque se perdieron todas las pruebas. Lo que hace que la tesis sea tan estimulante es precisamente esto: miramos simultáneamente hacia un desesperado torbellino idealista y hacia un problema práctico que admite alguna mejora real en su solución. Nos movemos en una línea *entre idealismo y realismo*.

I. “TEORÍA DE LA VERDAD” Y “PENSAMIENTO JURÍDICO NO EUCLIDIANO”

Dado que esta es nuestra principal preocupación en este trabajo, conviene hacer algunas observaciones adicionales. Creo que Frank es consciente de que sus tentativas propuestas hechas para mitigar en la práctica los excesos de la “teoría adversarial” [N. del T.: *fight theory*] no son panaceas. Tampoco negaría yo que la “teoría de la verdad” [N. del T.: *truth theory*] plantea correctamente un problema, la injusticia de las reglas que son aplicadas a hechos equivocados, y que se puede hacer algo en la práctica para resolver este problema. Pero Frank parece no ser consciente de los límites precisos establecidos a la “teoría de la verdad” por el propio “escepticismo de los hechos”, y también de la medida precisa en que este último favorece la “teoría adversarial”. Es decir, es bien consciente de los excesos del “método adversarial”, pero desconoce los del “método de la verdad”.

Inclusive los excesos de esta última pueden hacer que la administración de justicia sea paternalista, burocrática, “inquisitiva”, intoxicada con las ilusiones de infalibilidad y omnisciencia, privando a los litigantes de la

salvaguada implícita en el método opuesto, es decir, que sus derechos legales están a su propia *disposición*. Los errores judiciales que aborrecemos en la historia de la Santa Inquisición, o en los juicios simulados soviéticos, son el fruto de una infalibilidad y omnisciencia imaginarias. Frank seguramente rechazaría tales excesos por frustrar su propósito mismo. Pero el error inicial no está en los excesos; se basa en la suposición, contrariamente al “escepticismo de los hechos”, de que existen métodos “científicos” fiables, a pesar de todas las críticas dirigidas a los historiadores, y frente a la subjetividad y la *gestalt*. Se basa, más particularmente, en la suposición de que confiar en el mejor método para hacer las mejores conjeturas sobre los hechos es un asunto de responsabilidad del gobierno, no de iniciativa de la parte.

Encuentro aquí el límite preciso y también la forma de combinar un “método de la verdad” moderado con un “método adversarial” igualmente moderado. La responsabilidad del gobierno “de ver que todas las pruebas importantes y realmente disponibles se presenten en un juicio de una demanda civil” ⁽¹²⁾, la haría dependiente de la iniciativa de una de las partes. El uso de “detectores de mentiras”, películas parlantes, televisión, métodos psicológicos o médicos que revelan el inconsciente, lo permitiría solo ante la petición de una parte que sienta que puede *exonerarse* a sí misma solo de esa manera. El límite debe ser bastante claro al poner a *disposición* de un hombre su recurso a los “métodos de la verdad” que menoscaban su propia naturaleza de *agente libre*. Esto se aplica también a la idea de que los jueces deben ser psicoanalizados: si lo quieren ser, sí; una obligación a tal efecto, no.

En línea con estas advertencias contra los excesos del “método de la verdad” están aquellos que están en contra del “método adversarial”. Estoy totalmente de acuerdo en que los jueces de juicio deberían desempeñar un papel más activo, que los testigos no deberían ser intimidados o embrollados y que deberían ser publicadas conclusiones especiales de los hechos.

Por otro lado, no abandonaré los juicios por jurados, cualesquiera que sean sus defectos, porque, educado en el “escepticismo de los hechos”, no reconozco la preeminencia preestablecida del profesional sobre el sentido común popular, ni admito su insanable conflicto, o ver que su divorcio equivale a algo más que un autoengaño irrealista. Pensar que el juez profesional podría o debería elevarse por su propia peluca por encima de la cabeza del pueblo, y su experiencia compartida con el pueblo, es el principal error de la “teoría de la verdad”. El sistema de jurados puede ser mejorado, siguiendo las líneas sugeridas por Frank; pero la consideración primordial es que el contacto vivo entre el sentido popular y el profesional de la justicia es tan vital que, incluso si una forma de restaurarla fallara, debería encontrarse otra.

(12) FRANK, op. cit., supra nota 11, p. 422.

Mi último comentario es sobre el pensamiento jurídico “no euclidiano” y “tetra-dimensional”. Para cualquier compromiso práctico que podamos optar por adoptar entre las teorías “adversarial” y de la “verdad”, la propuesta de suprimir algunos axiomas “jurídicos euclidianos” y adoptar algunos nuevos y diferentes, arroja más luz sobre la importancia teórica de los puntos de vista de Frank. Aunque la “analogía geométrica” es, por supuesto, muy vaga y difícilmente tomada muy seriamente, está en el gran estilo de, digamos, Hobbes, Spinoza o Leibniz. También es einsteniana al subrayar las incongruencias marginales, insignificantes para los clasicistas, teniendo en cuenta que modifica, sin embargo, los axiomas básicos y, finalmente, cambia toda la perspectiva.

Pero para redirigir la jurisprudencia hacia cualquier cosa parecida a la geometría, es necesario introducir las “nuevas dimensiones” dentro de esquemas *analíticos* como el esquema de relaciones jurídicas de Hohfeld-Kocourek, la *mathesis* jurídica de Tammelo ⁽¹³⁾, el análisis lógico de Wedberg ⁽¹⁴⁾, el empirismo lógico de Lahtinen ⁽¹⁵⁾, o el análisis descriptivo de Ofstad ⁽¹⁶⁾. Podría resultar, entonces, que cualquier relación jurídica se origine en una matriz de probabilidades difusas. Los factores distorsivos del descubrimiento de los hechos y la *gestalt* o “verdad no lógica” pertenecen naturalmente a esta matriz y, de manera formalista, ya están contemplados por la “cláusula de error” y el “efecto de cosa juzgada”. Esta vez, serían especialmente enumerados y seleccionados para su control. Estoy seguro de que esto se puede hacer, al menos en un sentido descriptivo de “predecir el pasado”, como he intentado hacer al analizar los juicios de Sócrates y Juana de Arco ⁽¹⁷⁾.

No obstante, en este campo nos enfrentamos a un “principio de indeterminación” mucho más obstinado que en la microfísica, según lo muestra el propio Frank. Y la saludable remoción de viejos axiomas no debe ser confundida con el descubrimiento de nuevos. La subjetividad y la forma (*gestalt*), en sí mismas, son meros irracionales no controladas, no dimensiones definidas. El “Government in a Sanitarium” de Arnold y el “1984” de Orwell, deberían advertirnos que el control total de estos irracionales es irrealista y, una vez más, reduce agentes libres a robots. Podemos tratar de *orquestrar*

(13) TAMMELO, Ilmar, “Rechtsdogmatik und die Mathesis Universalis”, en *Drei Rechtsphilosophische Aufsätze* (1948); ver también TAMMELO, *Untersuchungen zum Wesen der Rechtsnorm* (1947).

(14) WEDBERG, Anders, “Some Problems of the Logical Analysis of Legal Science”, en *Theoria*, 17, 1951, ps. 246-275.

(15) LAHTINEN, Osvi, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen* (1951).

(16) OFSTAD, Harald, “The Descriptive Definition of the Concept ‘Legal Norm’ Proposed by Hans Kelsen”, *Theoria*, 16, 1950, ps. 118-151, 211-246; “Objectivity of Norms and Value-Judgments according to Recent Scandinavian Philosophy”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 12, 1951, ps. 42-68.

(17) *Genius on Trial* (1942, en húngaro); “Der Rechtsstreit des Genius”, *Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 22, 1942, ps. 126-162, 295-342, 395-460.

la infinita multitud de “subjetividades” y “formas”; no debemos olvidar lo que Kallen como citado por Frank dice: “lo importante es tener fe, pero no ilusiones, y arriesgar la acción en esta fe”.

Kallen nos dice, en un penetrante estudio dedicado a la “diversificación” de Dewey a partir de James, que “nunca llegó a compartir el sentimiento de James por la integridad de lo inarmonizable e irreconciliable, por el espíritu invencible cuya libertad es permanecer indefenso y solo ante el universo omnipotente y elige la aniquilación en lugar de rendirse”, o “la sensación de crisis de James en la que simplemente no rendirse es una victoria”. También nos dice que el valor primordial para James era la libertad, “con la Razón derivada, operacional, como una herramienta de trabajo”; para Dewey era la Razón o la Inteligencia “cuyo trabajo es liberar unificando, organizando, controlando el tipo de libertad a la que James da primacía”. Kallen está en esto con James y cree que el “espíritu del Pragmatismo” vive “en el juego constante de estas disposiciones entre sí” ⁽¹⁸⁾.

Creo que esto está en línea con la tesis general de Frank. De hecho, los “escepticismos de los hechos” deberían servir de advertencia no solo contra los excesos de la “teoría de la verdad” sino también contra los de la “analogía geométrica”. De todos modos, esto no debería adormecernos en la complacencia ante la influencia de los irracionales. El irracionalismo no es menos amenaza para el realismo que el racionalismo.

II. DE LA NATURALEZA A LA CULTURA

Robinson no tenía ninguna duda de que la ciencia jurídica tiene que volverse naturalista, una ciencia de la naturaleza ⁽¹⁹⁾. Underhill Moore también adoptó el enfoque de las ciencias naturales en un estudio exhaustivo sobre control legal, que trata sobre el efecto de la regulación del estacionamiento en el comportamiento ⁽²⁰⁾. Esta es una de las mejores monografías producidas por la escuela realista que, en palabras de Yntema, “apoya la sostenibilidad de la hipótesis conductista como base para la declaración de los efectos del control legal” ⁽²¹⁾. Sin embargo, Yntema ya planteó una serie de cuestiones críticas sobre la aplicabilidad de las técnicas cuantitativas, la prioridad de la regulación o el comportamiento, la influencia del método cuantitativo en la elección del tema a examinar y, finalmente, el carácter

(18) KALLEN, Horace, “John Dewey and the Spirit of Pragmatism”, en John Dewey: *Philosopher of Science and Freedom* (Hook ed. 1950), pp 37-39.

(19) ROBINSON, Edward, *Law and the Lawyers*, 1935, p. 308.

(20) MOORE, Underhill y CALLAHAN, Charles, “Law and Learning Theory: A Study in Legal Control”, *The Yale Law Journal*, 53, 1943, p. 1.

(21) YNTEMA, Hessel, “‘Law and Learning Theory’ through the Looking Glass of Legal Theory”, *The Yale Law Journal*, 53, 1944, p. 341.

normativo o inspirador de la ley, lo que puede hacer que sea más importante “que la regla parezca justa a que ella se observe siempre” (22).

La referencia en el último comentario es a Arnold, cuyo escepticismo mitigó sustancialmente su naturalismo, compartido con Robinson. Reconoció que el escape del derecho a la realidad no es una debilidad, como creen los realistas, sino su fuerza (23). Aunque la concepción del derecho como un espectáculo, una obra de teatro, tiene sus raíces en la psicología naturalista, la visión irónica y satírica de Arnold, que ridiculiza particularmente los espectáculos sombríos y oscurecedores de las estadísticas y la economía, lo salva de venerar ciencias que no existen.

Northrop, después de rendir homenaje al logro científico de Underhill Moore, concluye que “el realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica, incluso cuando se implementan con los métodos científicos más poderosos y objetivos para determinar los cambios del orden interno de la sociedad con el tiempo, no son capaces de designar una nueva normativa o resolución normativa de disputas legales y sociales” (24). Sugiere recurrir a la filosofía de las ciencias sociales y naturales. Este es un paso en la dirección *de la naturaleza a la cultura*, aunque, si vamos a cambiar la ciencia por la filosofía, podemos dudar si no estamos a punto de adoptar aquello de lo que esperábamos escapar.

La emancipación del naturalismo o, quizá mejor, la combinación de métodos científicos de la naturaleza y la cultura, es obvio en Llewellyn quien, en cooperación con el antropólogo Hoebel, ha investigado las costumbres populares y las formas jurídicas de una tribu india (25). Una cantidad considerable de historias, contadas por informantes aún vivos que habían vivido esas formas primitivas, han sido analizadas mediante el método del caso. Esto fue verificado por todo lo que se conoce de los cheyenes de otras fuentes. Los autores están impresionados por esa “destreza y audacia de la línea con la que se marca la solución adecuada con trazos rápidos y seguros que encajan a la vez en la justicia, la política y el cuerpo dado de instituciones legales y sociales” (26). Se preguntan si la regularidad y la previsibilidad en las cosas del derecho, incluso hoy, no se debe “a nuestras propias instituciones jurídicas subyacentes que son tan inarticuladas, pero que a su manera son tan efectivas como las que se pueden observar en función en los casos de cheyenes” (27).

(22) *id.*, p. 347.

(23) ARNOLD, Thurman, *The Symbols of Government*, 1935, p. 44.

(24) NORTHROP, Stuart, “Underhill Moore’s Legal Science: Its Nature and Significance”, *The Yale Law Journal*, 59, 1950, p. 212.

(25) LLEWELLYN, Karl y ADAMSON HOEBEL, *The Cheyenne Way* (1941).

(26) *id.*, p. 313.

(27) *id.*, p. 334.

Aún más alejado del naturalismo está el estudio de Llewellyn sobre *How Appellate Courts Decide Cases* ⁽²⁸⁾. Descubre una tendencia que se aleja del estilo positivista-formalista de la “redacción de opiniones”, prevalente entre 1880-1910, hacia el “gran estilo”, prevaleciente en 1820-1850, caracterizado por opiniones que mostraban “cómo el tribunal decidió el caso”, porque las reglas se ajustaron a las necesidades actuales, mientras que el *primer* trabajo de un tribunal era buscar la regla similar. La “primera evidencia de que estamos volviendo al estilo de la gran manera” se ve en la “recurrencia al sentido, sentido caballeroso, sentido fuera de la ley, probado desde fuera de la ley y declarado abiertamente en la cara de la opinión como una guía para la decisión” ⁽²⁹⁾.

En estos y otros logros constructivos similares del realismo jurídico, sus características se ven más claramente que en sus aspectos negativos que equivalen al escepticismo. El énfasis en el ambiente, el énfasis en la sustancia en lugar de la forma y en hacer justicia a los hechos concretos del caso, son algunas de las características distintivas. Esto implica una posición calificada tanto en el naturalismo como en el culturalismo. Solo en su *convergencia* equivalen a un realismo que quiere capturar tanto lo naturalmente universal como lo históricamente único, lo necesario y lo libre.

El ambiente, tanto en el sentido naturalista como culturalista del término, es quizá lo vital de estas nuevas escuelas de pensamiento jurídico. Incluso sobre una base meramente empírica, tenemos mucho que aprender de establecer el derecho en una perspectiva más amplia y, luego, de rastrear el impacto del ambiente hasta el resultado del caso individual.

Al hacerlo, avanzamos en la línea de una *descripción* precisa. He tratado de seguir este método cuando solicité a una audiencia de 600 personas en una ciudad (Kolozsvar) y 400 en otra ciudad (Szeged), que respondieran 360 preguntas de forma anónima, mediante un cuestionario. Este método permitió combinar la inmediatez, debido a la presencia personal, con la preservación de la masa dando 16 grupos de preguntas de respuestas fáciles, rápidas y espontáneas. La descripción y el análisis precisos de este experimento ⁽³⁰⁾ dieron como resultado una cierta idea de la naturaleza del ambiente.

Por ejemplo, la comparación de la respuesta dada por las dos audiencias descarta las *variaciones* locales. Así, exactamente el 81% se declara a sí mismo como “activo” en ambos lugares; mientras que la moralidad sexual

(28) Publicación de Brandeis Lawyers Society (1951).

(29) *id.*, p. 9.

(30) The Examination of Public Opinion, Universitas Francisco-Josephina, Acta Juridica-Politica, 8, 1942 (en inglés, alemán y húngaro).

predominante se considera demasiado severa en un 8% en un lugar y en un 18% en el otro.

Se puede probar la resiliencia de la respuesta. Por ejemplo, el 68% de una audiencia y el 63% de la otra estaban a favor del *autogobierno* en general y de la *autonomía* de la universidad en particular. Estos porcentajes descendieron a 55 y 40 respectivamente, tras una serie de preguntas indagando sobre los *inconvenientes* de la autonomía, pero volvieron a subir a 68 y 43 respectivamente, tras otra serie de preguntas apuntando a las *ventajas*. Esto muestra que la primera audiencia fue más firme y más elástica en su respuesta que la segunda.

En la apreciación de la *música de Bartok* se observó una regularidad casi sorprendente. En una respuesta de elección múltiple [10], calificada de favorable a desfavorable, los porcentajes se distribuyeron tan uniformemente que 3 eran idénticos en ambos lugares, mientras que 4 diferían solo por 1. La mayoría relativa, respondiendo que esta música era la expresión perfecta de arte pionero, era 20% en un lugar y 18% en el otro.

Cuanto más profundo se penetra en estos grupos de respuestas, más son inculcadas por su obstinada regularidad. Uno ignora sus causas o razones; es mejor dejar de lado cualquier especulación sobre ellas, suponiendo que las respuestas se dieron de manera tan espontánea, al azar, como en un juego o en un sueño, siendo sus regularidades nada más que nubes pasajeras. Visto de esta manera, la regularidad es aún más palpable, innegable, real. La respuesta tiene un patrón, incluso si el patrón se repitió, esta vez, *solo una vez*.

Pregunté a estas dos audiencias, por ejemplo, si aceptaban la mirada de que el *derecho era simplemente lo que mandaba el poder más fuerte*. Esta opinión ha sido rechazada por un 66% en un lugar y por un 65% en el otro.

Otra sorprendente regularidad fue exhibida por las respuestas dadas a la cuestión de la *abstinencia*. En ambos lugares, el 1% es para autocontrol solo en la medida en que preserva la capacidad de disfrute futuro, el 5% ya que asegura la frescura de placer ininterrumpido, el 21% como protección de reacciones nocivas. Las respuestas difieren más en la aprobación de la abstinencia progresiva (17-20%) y total (10-20%). Todo tipo de abstinencia se considera una locura en un 5% y un 3%, respectivamente.

En la pregunta de si la *falsificación* de firma en certificados universitarios es moralmente más grave que el *fraude* cometido por el uso de un boleto de transporte ya utilizado por otro pasajero, el 76% votó por la mayor gravedad del primer tipo de delincuencia y en contra de tratar el segundo tipo como crimen en absoluto.

También existen, por supuesto, amplias variaciones en la respuesta a algunas preguntas. Así, en un caso determinado, el 15% se sentiría tentado a cometer un *robo*, en un lugar, y el 11%, en el otro; *fraude* 17% y 13% respectivamente; *provocar un incendio*, 2% y 3% respectivamente; *agresión*, 24% y 27% respectivamente; *asesinato*, 5% y 6% respectivamente. Aun así, el parecido en el orden de magnitud es más impresionante que las diferencias.

Por supuesto, se pueden dividir los grupos de respuesta por sexo, edad, ocupación y religión. Es interesante observar, por ejemplo, el grado de predominio *femenino* en los siguientes grupos: 62% de quienes se declaran a sí mismas como la media, 60% de contentos, así como de pesimistas, 58% de quienes adoptan la “teoría del mandato” del derecho, así como de quienes encuentran a la humanidad digna de ser amada, el 57% de inclinados al incendio provocado, así como de inclinados al robo, el 56% de individualistas y el 55% de humorísticos, así como de realistas.

La distribución *general* entre los grupos de respuesta fue 54% mujeres y 46% hombres. Exactamente la misma distribución se encontró entre los grupos de los pacíficos y de los inclinados al fraude. En algunos grupos, sin embargo, predominan los varones por las siguientes mayorías: 60% de los que se declaran por encima de la media, así como de los inclinados a agredir, 56% de los colectivistas, 55% de los descontentos, 51% de los sin humor, el 50% de los inclinados al asesinato, así como de los que no encuentran a la humanidad digna de ser amada, y también de los belicosos, el 49% de los que rechazan la “teoría del mandato”, así como de los optimistas, y el 47% de idealistas.

Sin embargo, es raro que tales correlaciones sean inequívocas, como supondría el determinismo naturalista o económico. Por el contrario, deberíamos tratar a cada grupo de respuesta como independiente como el sexo o los grupos de edad. No debemos dar nada por sentado, sino simplemente observar y describir.

Por ejemplo, podemos dividir el grupo que adopta la “teoría del mandato” en participantes de otros grupos de respuesta. La división general, omitiendo los votos vacíos, fue 30% a favor y 70% en contra de la “teoría del mandato”. Sin embargo, fue *aceptado* por el 31% —*en lugar del 30%*— de los pacifistas, el 32% de los descontentos, y de los religiosos, el 33% de los de moral severa, el 43% de los reacios a la poesía moderna de Ady. Fue *rechazada*, en cambio, por el 71% —*en lugar del 70%*— de los contentos, y de los no religiosos, el 75% de los favorables a Ady, y de los de moral moderada; y por el 76% de los adversarios de la autonomía.

Algunas de estas correlaciones son, sin duda, inesperadas, quizá debido a la función compensatoria del ambiente, o al capricho, la incompreensión o la casualidad. Como último ejemplo de la fuerza del método, podemos

describir la distribución del *conformista* y el *disidente*, junto con las características de sus tipos más exitosos. Entre 50 personas, los conformistas más exitosos fueron 2, quienes obtuvieron la respuesta mayoritaria en 11 de las 12 preguntas. Los 5 disidentes más exitosos, por otro lado, dieron la respuesta de la minoría en solo 8 preguntas. Entre estos últimos, uno es una niña menor de 20 años, contenta, luchadora, pesimista, propensa al asesinato, sin humor, misántropa, ni individualista, ni colectivista, pero idealista, y de la media. La proporción de conformistas y disidentes es 28:11; entre ellos, el equilibrio lo mantienen 11 personas que obtienen la respuesta mayoritaria en 6 preguntas, y la respuesta minoritaria también en 6 preguntas.

Esta exploración tentativa del ambiente se preocupa menos por el *qué* o el *por qué* que por el *cómo*. La descripción sin prejuicios puede descubrir regularidades asombrosas, aunque inexplicables, *gestalts* claramente fuera del control de la audiencia. La perspectiva queda abierta de par en par hacia la naturaleza y la cultura.

Tales técnicas empíricas, que podrían mejorarse mucho, sirven para explorar ese ambiente, esas “reglas subyacentes”, que son el elemento vital, la “realidad” del derecho y la legislación. Exploran lo que para Hägerström fue la roca con la que naufragaron los barcos de la “teoría de la voluntad” (positivismo) y de las “ideas mágicas” de los derechos y deberes. Él lo describió con palabras que expresan lo que es mejor en el realismo: “Supongamos que indagamos en cuanto a la fuerza que comúnmente mantiene en vigencia un derecho ya existente. La respuesta es una mezcla de todo tipo de factores heterogéneos (...). Factores como la costumbre y la sensación de que es natural observar las normas legales vigentes tienen una gran influencia; y dan lugar a acciones en la masa del pueblo, por las cuales se mantiene el derecho sin que intervenga ninguna voluntad” ⁽³¹⁾.

III. ASPECTOS CAMBIANTES DEL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

El realismo jurídico escandinavo es más especulativo y está más comprometido con el realismo filosófico que el realismo jurídico norteamericano. El “escepticismo de los hechos”, por ejemplo, está completamente ausente: los hechos se dan por sentados. Hägerström y Lundstedt dedicaron sus vastos esfuerzos a desenmascarar el elemento “mágico” o “supersticioso” poco realista en el pensamiento jurídico tradicional; la característica novedosa es que desenmascararon igualmente al positivismo.

(31) HÄGERSTRÖM, op. cit., supra nota 3, p. 39.

Olivecrona se comprometió a explicar el derecho como hecho ⁽³²⁾. Resumiendo, argumentos realistas anteriores, afirmó que nada en el mundo externo corresponde a la fuerza vinculante del derecho —el derecho natural es científicamente insostenible— ni a los deberes y derechos legales; todo esto es imaginario.

Pero yendo más allá de la crítica negativa de los realistas anteriores, ofreció por su cuenta una teoría completamente desarrollada que, como otros logros positivos del realismo, ya fuera escandinavo, norteamericano o francés, a la vez mostraba signos de al menos un compromiso funcional con el idealismo. En su opinión, el derecho consiste en “imperativos independientes”. Esto significó un paso importante: la disociación del realismo de la “teoría del mandato”.

Las reglas legales como “ideas de acciones imaginarias de personas (por ejemplo, jueces) en situaciones imaginarias” son establecidas por hombres a quienes “la actitud general hacia la constitución coloca (...) en posiciones clave”. Este manejo del tablero de control legal, sin embargo, es pura formalidad; lo importante es que las personas se ajusten a las reglas así establecidas. Esto se debe a las *ideas* de derecho y de deber, a la creencia común en la fuerza vinculante de la ley, producida por la aplicación indirecta y latente de la fuerza organizada, que construye estándares morales sobre el miedo a la sanción, en gran parte reprimido en el subconsciente. El “reinado de la ley” significa que la fuerza está monopolizada y controlada por reglas.

Este es otro paso importante: la “teoría de la coerción” hasta cierto punto se equilibra con la “teoría del reconocimiento”, ya que la operación de la fuerza y los estándares morales se condicionan mutuamente. El derecho, su fuerza vinculante, derechos y deberes, siendo así *explicados como hechos*, suaviza un poco la tesis inicial de que nada les corresponde en el mundo exterior. La diferencia entre idealismo y realismo parece ser reducida a la que existe entre *ideas* y *creencia* en ideas. Incluso esta diferencia es un tanto neutralizada por la interpretación *psicológica* del mecanismo legal. Si el reinado de la ley requiere del control de la fuerza mediante reglas, si una constitución selecciona a los “operadores del tablero de control” legal, el recurso a ideas, de ninguna manera imaginarias, es aparente.

Ross es aún más abierto en su revisión de la posición realista. Admite francamente que “las teorías tradicionales a pesar de todo poseen un valor de verdad del que carecen las teorías radicales, a pesar de su mayor consistencia lógica” ⁽³³⁾. Renunciando a cualquier intento de “abandonar las nociones de vigencia”, Ross en su “primera antinomia” observa “un regreso interminable al punto de partida”, en el sentido de que “la consideración de

(32) OLIVECRONA, Karl, *Law as Fact* (1939).

(33) ROSS, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence. A criticism of the dualism in Law*, 1946, p. 13.

ella [la ley] como un hecho necesariamente cambiará en su consideración como vigencia, y viceversa”⁽³⁴⁾. Reconoce que “el nudo del problema radica en el hecho mismo de que los dos puntos de vista no se pueden distinguir y aislar”, y que “los dos puntos de vista se reflejan como espejos con una perspectiva infinita”⁽³⁵⁾.

Estas formulaciones ponen de manifiesto claramente la línea divisoria entre el realismo jurídico y el idealismo. La solución ofrecida por Ross, sin embargo, está algo en desacuerdo con su declaración intransigente del dualismo. Propone introducir, “en lugar de ‘vigencia’ en el sentido de una categoría radicalmente discrepante de realidad, las experiencias de vigencia”⁽³⁶⁾.

Así, él también incorpora la vigencia a la realidad psicológica. Confía en que “todo dualismo en el fenómeno jurídico desaparecerá: la ‘vigencia’ se convierte en sí misma en un fenómeno de la realidad”⁽³⁷⁾. Pero, ¿no acusó a las teorías monistas de abandonar “ya sea la vigencia o la realidad, y por lo tanto perder un elemento de la verdad”?⁽³⁸⁾.

¿No afirmó el mismo Ross que “la interpretación por medio de la realidad no puede llevarse a cabo sin recurrir a la categoría de vigencia, y viceversa”?⁽³⁹⁾. Su propia solución parece equivaler exactamente a tal interpretación por medio de la realidad. Si se rechazan tanto el dualismo como el monismo, uno debido a la inconsistencia, el otro debido a la unilateralidad, entonces Ross ya no es libre de reincidir en el último. Para escapar de su antinomia, no es libre de refugiarse en *uno* de los dos cuernos de su propio dilema. Sin embargo, puede escapar en una *tercera* dirección, la del *subjetivismo*, dentro del cual el psicologismo es a veces apto para combinarse.

Esta vía de escape prevalece, de hecho, en el realismo jurídico reciente. La realidad concebida por Ross, en la que la vigencia es inmanente, es, por tanto, más rica, más flexible, más grande tanto en subjetividad como en idealidad, que la de las ciencias naturales. Es, en cierto sentido, una cámara de compensación de objetividad y subjetividad, realidad e idealidad. Esto último está representado por “impulsos desinteresados que llevan el sello de la vigencia”. Con una facilidad notable, Ross ahora logra reintroducir aspectos del derecho inaccesibles para el realismo de viejo cuño.

Así, las *normas* se reintroducen como “expresiones que en parte reflejan y en parte vuelven a crear actitudes de comportamiento reales”⁽⁴⁰⁾; la *juris-*

(34) *id.*, p. 73.

(35) *id.*, p. 76.

(36) *id.*, p. 77.

(37) *id.*, p. 90.

(38) *id.*, p. 93.

(39) *id.*, p. 76.

(40) *id.*, p. 96.

prudencia dogmática es readmitida, aunque “entre corchetes” como parte integral de la realidad total del derecho ⁽⁴¹⁾; las *proposiciones legales* no pueden ser “reinterpretadas como una declaración en el modo indicativo de lo que (probablemente) sucederá en el futuro” ⁽⁴²⁾; “el derecho es un fin en sí mismo” en la medida en que tiene el efecto de crear la paz ⁽⁴³⁾; “el derecho se diferencia no solo de la moral sino también de la mera arbitrariedad” por su “reivindicación formal de igualdad”, en virtud de la cual es “un intento de realización de la idea de justicia” ⁽⁴⁴⁾.

Bajo el manto del realismo psicológico, tales formulaciones dejan muy clara la línea de pensamiento que corre entre el idealismo tradicional y el realismo pionero. El oficio de mediación es claramente visible, como también es la razón por la que el realismo necesita un mínimo de idealismo, cuando Ross admite la superioridad de la ciencia jurídica idealista y normativa contabilizando el hecho de que “el derecho es una formación incrustada por completo en motivaciones ‘ideales’ libres e ideologías” ⁽⁴⁵⁾.

El resultado de todas las líneas de razonamiento consideradas aquí es que el realismo en diversos grados es reconciliado con el idealismo. Se percibe cada vez más, en particular, que el derecho no deja de ser naturaleza debido a su surgimiento como cultura ⁽⁴⁶⁾. Por otro lado, tanto la naturaleza como la cultura exhiben patrones, puramente nominalistas a primera vista, que resultan con el tiempo, sin embargo, ser el control mediante el cual son provocados los hechos reales. Esto es cierto para las fórmulas de los matemáticos y físicos, las recetas médicas, los mapas, los diseños de arquitectos e ingenieros, los planes operativos y logísticos de los estrategas, las plataformas políticas y las reglas y principios legales. Hay una diferencia relativa, pero no absoluta, en el valor de predicción de estas diversas “ideas imaginarias”. Pero en la medida en que *gobiernan* la realidad, es difícil distinguir su realidad psicológica en la mente humana y el impacto en la realidad de las meras ideas. ¿Hay alguna diferencia en decir que son simples eslabones de la cadena de la realidad y en decir que son indispensables para la realidad? La respuesta al realismo escandinavo es que en la medida en que la *creencia* en la fuerza vinculante de la ley, el deber y el derecho, es operativa, la ley, el deber y el derecho *en sí mismos* son operativos en la realidad. Quizá nuestro propio concepto de realidad está cambiando, de modo que la distinción de la realidad de lo que es operativo en la realidad pierde su sentido. Cierta-

(41) *id.*, p. 104.

(42) *id.*, p. 106.

(43) *id.*, p. 116.

(44) *id.*, p. 145.

(45) *id.*, p. 153.

(46) Ver HORVÁTH, Barna, “Recht und Wirtschaft” en *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 3, 1951, ps. 331-357.

mente nos preocupa la *interrelación* de lo real y lo ideal, la naturaleza y la cultura, más que su separación y aislamiento imaginarios.

IV. EL DIÁLOGO ENTRE KELSEN Y COSSIO

Nada es más ilustrativo de los cambiantes conceptos de la realidad, admitiendo dosis variables de realismo e idealismo a ser absorbidas por el pensamiento jurídico, que la reciente disputa entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho ⁽⁴⁷⁾. El punto principal en cuestión, si el derecho es la conducta humana o la norma que regula la conducta humana, pone de relieve el encuentro entre el realismo jurídico y el idealismo. Los restantes puntos en cuestión, relacionados con el tema principal, arrojan algo de luz sobre el contexto en el que el asunto aparece en ambas teorías ⁽⁴⁸⁾.

Así, la definición de conceptos fundamentales por la teoría pura del derecho se compara con la definición del círculo, o el cuadrado, por la geometría, para mostrar que ninguna de estas ciencias es mera lógica. En consecuencia, Kelsen se opone a tomar “pureza” por mera “lógica”; o, muestra que la permisión, inferida de la no prohibición, no es más que esto último; o, de nuevo, demuestra que solo las proposiciones, pero no las normas, son juicios en el sentido lógico. De esto se sigue que la ciencia jurídica solo *conoce* normas jurídicas, mientras que las autoridades las *hacen*. Por último, deja en claro que la nomodinámica está preocupada por los actos únicamente como *contenido* de normas, de modo que tanto la nomoestática como la nomodinámica consideran normas exclusivamente. De este modo, la teoría pura del derecho se distingue claramente de la “teoría de las dos caras”, rechazada por Kelsen, que considera al Estado como una persona jurídica y, sin embargo, independiente del derecho.

Todo esto es indiscutible como aclaración y defensa de la propia posición de Kelsen. Sin embargo, en el punto principal se propone destruir los puntos más fundamentales de la teoría ecológica. El núcleo duro de la con-

(47) KELSEN, Hans, “Reine Rechtslehre und Elogologische Theorie”, *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 5, 1953, ps. 449-482; COSSIO, Carlos “Egologische Theorie und Reine Rechtslehre”, *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 5, 1952, ps. 15-69. En cierto sentido, toda filosofía del derecho en nuestro tiempo es, en las bellas palabras de Legaz y Lacambra, un “diálogo con Kelsen”, tal es su significación en el pensamiento jurídico. La mejor revisión de la teoría de Cossio se encontrará en Kunz, op. cit., supra nota 5, ps. 109-120. Kunz, fiel discípulo de Kelsen, descubrió entonces que “Cossio solo ha explicitado lo que ya estaba implícito en la doctrina de Kelsen”, y que en su teoría “no hay nada (...) que esté en contradicción con la Teoría Pura del Derecho”, *id.*, p. 118. Aunque los acontecimientos posteriores parecen ahora desmentir esa exageración, todavía hay algo de verdad en ella. Pero Kunz se puso ya del lado de Kelsen en los principales puntos que están hoy en discusión.

(48) Están involucradas las siguientes preguntas: ¿Es la Teoría Pura del Derecho una mera lógica jurídica, o es ciencia jurídica ella misma? ¿Existe un axioma de que “lo que no está prohibido está permitido”? ¿Son defendibles las distinciones que se hacen entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas, y entre nomoestática y nomodinámica?

troversia es que, para Cossio, el derecho puede definirse sin recurrir a la norma, mientras que para Kelsen no. El derecho es “ónticamente definido” por Cossio como *conducta humana en interferencia intersubjetiva*. Irónicamente, el término fue introducido por primera vez por el gran decano del idealismo jurídico, Giorgio del Vecchio. Ciertamente, entendía por derecho la adecuación de tal conducta a un principio ético que exigía, en general, actuar como *homo noumenon* y, en particular, respetarlo en los demás ⁽⁴⁹⁾. Pero para Del Vecchio, un partidario del derecho natural, este principio era tan inherente a la *naturaleza* racional del hombre, como lo es el “deber ser existencial” para Cossio, en el vivir la “vida humana plenaria”. Si esto exhibe un vínculo algo inesperado entre idealismo y existencialismo, la base *realista* de esto último es evidente en la formulación, en sí misma inusual, de que la jurisprudencia *dogmática* es una ciencia de *realidades*. La conducta, por supuesto, es “perceptible por los sentidos” (parecen olvidarse las omisiones). Sin embargo, como sustrato del objeto egológico derecho, esta *no es parte de la naturaleza*. Porque no es vida biológica, sino biográfica. De hecho, la vida humana es, para la metafísica existencial, el primer “hecho metafísico”: no puede estar dentro de la experiencia, ya que ella está haciendo toda la experiencia misma ⁽⁵⁰⁾.

La esencia de la crítica de Kelsen es que esto contradice la propia *teoría de la cultura* de Cossio, ya que el sustrato, para ser perceptible por los sentidos, debe ser parte de la naturaleza, ya sea en objetos *mundanales* (mármol de una estatua) o en objetos *egológicos* (conducta humana). Además, la norma es clandestinamente reintroducida cuando la interferencia intersubjetiva, mero objeto de regulación para el derecho, es interpretada como esa regulación misma, es decir, como conducta humana permitida o impedida y, por lo tanto, realizada *en común*. Asimismo, Cossio admite que el recurso a la norma es indispensable para calificar jurídicamente la conducta como facultad, prestación, ilícito o sanción, pero como el derecho siempre aparece en la experiencia con tal calificación, la teoría egológica afirma precisamente lo mismo que la teoría pura del derecho.

Uno podría preguntarse: ¿entonces qué es lo que está mal? Si es permisible cambiar la conducta en el contenido de la norma, como lo hace la teoría pura, ¿por qué no es permisible cambiarla en el “deber ser existencial”, como lo hace la teoría egológica? Así, aparecen inquietantes analogías y paralelismos entre las tesis reivindicadas y las supuestamente refutadas.

Por ejemplo, Cossio, indeterminista, separa el derecho tanto de la naturaleza como de los objetos ideales, mientras que Kelsen hace “puro” el derecho y, sin embargo, un mero “esquema de interpretación” de lo que su-

(49) DEL VECCHIO, Giorgio, *Lehrbuch Rechtsphilosophie* (2da ed., 1951), ps. 371, 601, 608.

(50) COSSIO, Carlos, “El Ser del Derecho”, *La Ley*, 22/10/1952, p. 2 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 64].

cede como un proceso natural. Sin ser indeterminista “en el sentido habitual”, sugirió sin embargo una de las más ingeniosas interpretaciones de la libertad, en consonancia con la necesidad causal de la naturaleza ⁽⁵¹⁾. Kelsen rechaza el derecho natural solo “ante el tribunal de la ciencia”, eso es porque “el valor no es inmanente en la realidad natural” y, por lo tanto, “no puede ser deducido de la realidad”. Pero admite que “puede negar la jurisdicción de este tribunal refiriéndose a su carácter religioso”, y que “desde el punto de vista político... la doctrina del derecho natural podría considerarse útil” ⁽⁵²⁾. El derecho natural, así usado, es llamado “mentira útil”, aunque esto no se aplicaría a la norma básica hipotética, adoptada por Kelsen para elevar el derecho de la naturaleza a la esfera de las normas, ya que esta norma está formulada de tal manera que se mantenga el contacto más cercano posible con la realidad natural. Así, se hace posible para el determinista abordar científicamente las normas y, al mismo tiempo, limitar la ciencia a la naturaleza.

En su esfuerzo por escapar del subjetivismo, Cossio, viniendo de la dirección opuesta, llega a una posición rayana en el determinismo. Esto es evidente en su afirmación de que el carácter empírico de su conocimiento dialéctico de la cultura no es un empirismo a medias. Por el contrario, este conocimiento empírico-dialéctico está basado, en ambos polos de su movimiento circular, en hechos. No hay valores en sí mismos, sino solo para una mente. Pero, ¿cómo escapar de la arbitrariedad? Esto es explicado por la diferencia que hace entre un “programa de vida” y las “proyecciones existenciales”, siendo lo primero comparado con lo segundo como la traducción de una obra literaria a una lengua extranjera. El sujeto “puede ignorar las proyecciones de su situación existencial, pero no por ello deja de vivirlas en toda su objetividad” ⁽⁵³⁾. Su coincidencia es llamada “vida auténtica”, pero la descripción recuerda de manera inquietante ese tipo de empirismo dialéctico que se conoce mejor como materialismo dialéctico. Al igual que la traducción a una lengua extranjera es juzgada mediante la comparación con el texto original, el materialismo dialéctico interpreta la vida consciente por referencia a su subconsciente, material, subestructura “de clase”, y a veces lo hace de manera muy arbitraria. De este modo es posible convertir dialécticamente el indeterminismo en determinismo, acaparando así lo propio de ambas ciencias, la cultural y la natural.

(51) KELSEN, Hans, “Causality and Imputation”, *Ethics. An international journal of social, political and legal philosophy*, 61, 1950, p. 7: “Lo decisivo es que la imputación, a diferencia de la causalidad, acaba en ese comportamiento humano que es la condición (...) de la recompensa, la penitencia, el castigo (...) Este es el verdadero sentido de la afirmación de que el hombre (...) es libre”.

(52) KELSEN, Hans, “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science”, *Western Political Quarterly*, 2, 1949, ps. 483-485, 513.

(53) COSSIO, Carlos, “El ser del Derecho”, *La Ley*, 22/10/1952, p. 2 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 67].

Por último, la más sutil analogía y paralelismo se encuentra entre la tesis más objetable de Cossio, a saber, que hay objetos sensibles que no son parte de la naturaleza, por un lado, y, por otro lado, la concepción de Kelsen de las normas como objetos del conocimiento jurídico. La tesis de Cossio resulta en la separación de la conducta y el derecho de los hechos y la naturaleza causal, o en la necesidad de reintroducir los objetos mundanales en la estructura misma de los objetos egológicos. Lo primero parecería fatal para su pretensión de realismo; lo segundo, para su variedad específica de existencialismo.

La tesis de Kelsen también está plagada de dificultades. La posición kantiana entre idealismo y realismo parece estar definida por la consigna “idealismo trascendental y realismo empírico”. A modo de comentario explicativo, se puede agregar que, en el uso kantiano, “trascendental” se distingue claramente de “trascendente”. Esto último está más allá de la experiencia, en el ámbito de la metafísica, inaccesible al conocimiento. Lo primero, sin embargo, es la línea precisa que divide la experiencia de la metafísica. El truco es que se puede explorar la línea sin traspasarla, de la misma manera que se puede descubrir exactamente (parte de) las fronteras de Canadá mientras se permanece en los Estados Unidos, o de Alemania mientras se permanece en Francia, simplemente porque tienen fronteras *en común*.

Todo esto, de que *hay* una frontera común, se debe saber por supuesto de antemano, o se caerá en dificultades. Puede ser, por ejemplo, que el campo del derecho, en particular, no tenga fronteras en común con lo “trascendente” o “metafísico”, sino solo con lo “empírico”, como lo “social” o lo “histórico”. O puede ser que el derecho, que pertenece al reino de lo “práctico”, esté completamente dentro del campo de lo “trascendente”. Tales dudas llevaron al propio Kant a abandonar su estricta epistemología en la filosofía práctica. Pero retuvo tanto de esta, incluso en este campo, como para no hablar de leyes o principios prácticos, como su imperativo categórico, como *objetos de conocimiento* sino simplemente como *principios regulativos*. Esto plantea la grave cuestión de si el uso de la razón humana en el campo práctico es en absoluto *constitutivo* de los objetos de conocimiento o simplemente *regulativo* de las acciones humanas. Y con esta cuestión está ligado el problema igualmente grave de si las *normas* pueden ser objeto de *conocimiento* o simplemente del *pensamiento* regulativo.

Si son meramente regulativas y reflexivas, entonces el conocimiento, constitutivo de objetos, se limita, también en la ciencia jurídica, a la realidad regulada y reflejada por las normas. En este caso, la teoría pura del derecho en sí misma es conocimiento solo en la medida en que es un “esquema de interpretación” de la realidad. Se abre aquí una perspectiva sorprendente para la jurisprudencia dogmática de Cossio como ciencia de la realidad. Sin embargo, si es cierto que la realidad, para ser relevante para el derecho, es arrancada de su contexto causal en la naturaleza, o, en otras

palabras, si el sustrato jurídico es una cosa sensible pero no parte de la naturaleza, entonces la perspectiva brillante se oscurece de nuevo. Porque las normas, meras ideas regulativas y reflexivas, no pueden, por supuesto, ser constitutivas de la realidad jurídica como un objeto de conocimiento. El pensamiento jurídico, entonces, solo es posible como una especie de pensamiento reflexivo que puede denominarse *sinóptico*. Una nueva perspectiva para el conocimiento jurídico estaría disponible solo en el supuesto de que pueda haber algo de verdad en el "*ordo et connexio idearum idem est ac ordo et connexio rerum*" [N. del T.: "el orden y conexión de las ideas es el mismo que el orden y conexión de las cosas"] de Spinoza. Esto significaría que la naturaleza y la idea (como "objeto eterno") están solo *aparentemente* separadas en partes en la cultura por el artificio de la mente humana subjetiva. Significaría también que lo artificial está incluido tanto en lo natural como en lo ideal, que funcionan sin cesar a pesar de todas las vicisitudes de su distorsión artificial en la mente y la sociedad. La idea de Einstein, de que tanto las fuerzas gravitacionales como las electromagnéticas pueden reducirse a propiedades geométricas del continuo espacio-tiempo (Teoría del Campo Unificado), respira este espíritu spinoziano. El pensamiento jurídico más avanzado de nuestro tiempo es, en el mejor de los casos, simplemente un tanteo por recuperar esa impronta.

Revelando cierto paralelismo, las partes en esta disputa han prestado un servicio destacado a la ciencia principalmente al no rehuir la exposición a críticas amistosas. Emergen del encuentro como gladiadores cuyas heridas no disminuyen su brillo.

Tanto Kelsen como Cossio son duros positivistas. Ambos rechazan el derecho natural, pero Cossio adopta la "metafísica de la justicia". Además, señala que la experiencia jurídica siempre incluye tres elementos: una estructura lógica, un contenido dogmático y un sentido viviente de la justicia. El primero es formal y necesario, el segundo material y contingente, el tercero *material y necesario* ⁽⁵⁴⁾. Por este indicio, la teoría egológica ha sido calificada como derecho natural. El propio Cossio no admite tanto, sino solo que "el derecho positivo es connatural al ser humano por esencia" ⁽⁵⁵⁾. El realismo jurídico se ocupa principalmente de lo que el positivismo y el formalismo descuidan, es decir, todo lo que entra en lo individualizado, concreto, contenido real, a diferencia de lo general, abstracto, la forma (y sustancia) conceptual del derecho. La teoría pura del derecho describe la individualización del derecho de una manera formal, arrojando un elástico manto lógico sobre los contenidos que se vierten paso a paso en el proceso. Cossio destaca precisamente este contenido vertiginoso. Su intuicionismo,

(54) COSSIO, Carlos, "Constitución de la Experiencia Jurídica", *La Ley*, 30/12/1952, p. 2 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 131].

(55) COSSIO, Carlos, "Constitución de la Experiencia Jurídica", *La Ley*, 31/12/1952, p. 4 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 153].

su sentido por lo único, la “vida auténtica”, arroja algo de luz sobre este aspecto del realismo. Así, señala que “la referencia a casos concretos es decisiva, porque solo las cosas individuales tienen existencia real”⁽⁵⁶⁾. La tesis egológica, desarrollada con especial referencia al proceso judicial⁽⁵⁷⁾, no es de ninguna manera despreciable. Su clave es el “método empírico-dialéctico” que avanza, en un “movimiento circular” entre sustrato y sentido, hacia un conocimiento más pleno del objeto cultural⁽⁵⁸⁾. Que “el paso hacia la realidad plena lo dan únicamente el juez y el jurista, quienes se introducen en el caso en toda su significación”⁽⁵⁹⁾; que “el buen juez y el auténtico jurista están siempre decidiendo *sus* casos”⁽⁶⁰⁾; que ellos pueden “compenetrar el caso” y “verlo desde adentro”; estas y otras formulaciones afines resaltan el aspecto intuicionista del realismo, que linda con lo artístico y lo subjetivo, con particular fuerza.

El remedio para los peligros del intuicionismo, tan obvio en el existencialismo, es un tributo ulterior que se rinde al racionalismo y al empirismo. ¿No dice Cossio que incluso los objetos ideales tienen algo de realidad?⁽⁶¹⁾ Ciertamente, en el camino entre el realismo y el idealismo, el empirismo y el racionalismo no pueden ser ignorados impunemente por completo. Haber puesto esto fuera de duda, en una *actio finium regundorum* metodológica de suma importancia, es el servicio imperecedero prestado por Kelsen a la ciencia jurídica.

(56) COSSIO, Carlos, “Jurisprudence and the Sociology of Law”, *Columbia Law Review*, 52, 1952, p. 375.

(57) COSSIO, Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial* (1945); COSSIO, Carlos, “Phenomenology of the Decision”, *Latin-American Legal Philosophy*, 1948, p. 342.

(58) COSSIO afirma que yo he adoptado este método, “Circunstancia de la aparición egológica”, *La Ley*, 23/9/1952, p. 5 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 56]. Este es el tipo de exageración que no todos sus colegas admiran en él. En mi trabajo, “Recent Developments in Legal Thought”, *Library of the Tenth International Congress of Philosophy*, Vol. I., *Proceedings of the Congress*, p. 403, simplemente escribí: “La sorprendente semejanza de este ingenioso análisis con el método sinóptico descrito en mi *Rechtssoziologie* (1934) confirma mi confianza en que caminé sobre terreno firme. Esta vez me gustaría enfatizar el punto de que este ejemplo también agrega más evidencia a la visión metodológica de que cada giro de este movimiento circular está impartiendo probabilidad al conocimiento de los hechos y las normas sin hacer que uno dependa del otro”. Cossio, sin embargo, no reconoce el método sinóptico como modelo de su método empírico-dialéctico, ni señala las importantes diferencias entre el método sinóptico y dialéctico hechas en mi *Rechtssoziologie*, (ps. 71-72), sino que simplemente dice: “Su aceptación del método empírico-dialéctico analizado por la teoría egológica como propio del conocimiento jurídico, ha sido por él mismo declarada en su comunicación al Congreso de Filosofía celebrado en Ámsterdam, en 1948”. Sin embargo, tal leve intrusión en la “absorción” del pensamiento extranjero no debería impedirnos reconocer el mérito del análisis metodológico del propio Cossio que, en lo que concierne al método judicial, es mejor que el desafortunado nombre de su “método empírico-dialéctico”.

(59) COSSIO, Carlos, “Jurisprudence and the Sociology of Law”, *Columbia Law Review*, 52, 1952, p. 369.

(60) *íd.*, p. 370.

(61) En una formulación poco sofisticada y desarmada, escribe: “Su realidad es irreal, o, más propiamente, ideal” (“meaning that their existence is in their essence”). COSSIO, Carlos, “El ser del Derecho”, *La Ley*, 22/10/1952, p. 2 [N. del T.: COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954, p. 63].

No obstante, Cossio era libre de “ir más allá de Kelsen sin abandonarlo” ⁽⁶²⁾ y uno de los sentidos de este lema era someterse al racionalismo y al empirismo, para comprobar con la Teoría Pura del Derecho todo lo que la Teoría Ecológica tenía que decir más allá de Kelsen. El maestro también llega a veces demasiado lejos al criticar a un admirador principal, por ejemplo, cuando llama a algunas de sus formulaciones “acumulación de palabras sin sentido”, “lo más absurdo” o “tautología ociosa” ⁽⁶³⁾. Parece olvidar que algunas formulaciones de la Teoría Pura del Derecho han sido etiquetadas ellas mismas con epítetos similares y que, incluso hoy, su lenguaje técnico no es sino ligeramente menos esotérico que el de la Teoría Ecológica. ¿O acaso la propia formulación de Kelsen, técnicamente correcta pero exagerada, de que no tiene sentido calificar de incorrecta una decisión judicial (irrevocable), o de que un hombre (irrevocablemente) condenado por un delito no es culpable, suena absurda y como un insulto poco realista, por lo formalista, al sentido común?

(62) KUNZ, op. cit., supra nota 5, p. 112.

(63) KELSEN, Hans, “Reine Rechtslehre und Elogische Theorie”, *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 5, 1953, ps. 478, 465, 479.

TEORÍA PURA Y TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO (LA POLÉMICA KELSEN-COSSIO) (*)

Por Enrique Luño Peña

La polémica iniciada en la Universidad de Buenos con motivo de las Conferencias pronunciadas por Kelsen y de las discusiones sostenidas durante el Cursillo celebrado del 2 al 25 de agosto de 1949, en las que fueron protagonistas Kelsen y Cossio, se ha convertido en motivo de abierta discusión, de oposición y hasta de discordia al publicarse, sin permiso de Kelsen, el libro: Kelsen-Cossio, *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*, Buenos Aires, Edit. G. Kraft, 1952.

El fundador de la Escuela vienesa Hans Kelsen, y actual Profesor en la Harvard University de Berkeley (California, U.S.A.), reafirmó sus conocidas teorías acerca de la pureza del método, del carácter normativo de la Ciencia jurídica que versa sobre normas pertenecientes al reino del *Sollen*, frente a la Naturaleza que se rige por la ley de la causalidad perteneciente al reino del *Sein*.

El Derecho, afirma Kelsen, se caracteriza por estar integrado por *normas* heterónomas, o que no exigen adhesión íntima por parte del individuo. Es norma coactiva dictada por el Estado según la estructura lógica del precepto jurídico. La Moral está constituida por normas *autónomas*, o que exigen el reconocimiento y la adhesión del individuo obligado. Frente a la Ética y a la Política que consideran la finalidad, o momento teleológico, la Teoría Pura del Derecho debe prescindir de toda consideración finalista, porque su misión, con respecto a los fenómenos jurídicos, es comparable a la que corresponde a la Geometría en relación con los cuerpos: el estudio exclusivo de las formas posibles y de las conexiones esenciales entre las mismas. Y así como la Geometría no explica el origen, ni la materia, ni el método de formación de los cuerpos, tampoco la Teoría Pura del Derecho puede, ni debe ocuparse de la naturaleza de los fenómenos sociales, no del arte de elaborar normas conducentes a fines determinados.

(*) Tomado de LUÑO PEÑA, E., "Teoría pura y teoría egológica del Derecho (La polémica Kelsen-Cossio)", *Espíritu*, nro. 13, 1955, ps. 7-10. Resumen de la conferencia pronunciada en el Instituto Filosófico de Balmesiana el día 1 de marzo de 1954.

Kelsen formula la absoluta identidad entre Estado y Derecho. Partiendo del concepto de *persona jurídica-colectiva*, como síntesis o sistema unitario de un conjunto de normas que rigen la conducta recíproca de una serie de hombres (Corporación, Asociación, etc.), define el Estado como *la personificación metafórica de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo*. El orden jurídico está regulado por una norma jurídica fundamental: la Constitución, que es el principio originario de la validez de todas las demás normas.

El precepto jurídico fundamental contiene una norma primaria y otra secundaria, enunciándose así: Bajo determinadas circunstancias (v. gr., una especial conducta de los hombres), el Estado ejerce ciertas acciones coactivas (Norma primaria). En determinadas condiciones, un hombre determinado debe conducirse de un modo concreto, porque de no comportarse así, el órgano del Estado debe practicar contra él, un acto coactivo (Norma secundaria).

La Constitución, como norma jurídica fundamental, sirve para explicar la plenitud del orden jurídico, comparable a una pirámide jurídica. La validez de los preceptos forma una escala (teoría de la formación de Derecho por grados), sentencia, orden, decreto, ley, Constitución. La validez de una sentencia se funda en la ley; esta es válida porque se ha dictado de acuerdo con un precepto constitucional; esta Constitución se funda en otra, y así sucesivamente, hasta llegar a la primera Constitución que será la establecida por el poder revolucionario triunfante. Ahora bien, la hipótesis de la existencia de un orden jurídico internacional se funda según Kelsen, en la igualdad de los Estados ante el Derecho. Este Orden jurídico internacional debe estar regulado por el Derecho Internacional y ha de gozar de la supremacía porque así lo exige la equiparación fundamental de los Estados y la unidad del Estado a través de las revoluciones, de acuerdo con la teoría de la unidad del orden jurídico estatal.

El pensamiento de Kelsen se halla fuertemente influido por la filosofía de Kant que inspira su concepción formalista del *deber ser* y de la *norma*. Ofrece un carácter marcadamente antimetafísico, y un relativismo que niega la existencia de principios y de valores absolutos en el Derecho. Es notorio su panteísmo, al concebir el Estado como personificación de un sistema normativo, y al exaltarlo como un súper-Dios.

La revisión doctrinal indicada por Kelsen ha sido realizada y completamente superada por sus discípulos: Merkl, Verdross, Kaufmann, Smemd, Heller, Schmitt, que, siguiendo una orientación antiformalista, impugnan la identificación entre Estado y Derecho, y defienden los principios fundamentales de la Filosofía del Derecho.

El Prof. Cossio se inspira en la Fenomenología y en la filosofía existencial. Partiendo de la libertad de la persona humana que se fenomenaliza en la conducta, Cossio afirma que el Derecho es un objeto egológico; es decir, el *yo* en su conducta viva, como libertad metafísica fenomenalizada. El Derecho es la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles. Distingue cuatro clases de objetos: ideales, naturales, metafísicos, y culturales. Los objetos culturales se subdividen en *mundanales* (que representan la vida humana objetivada como resultado de la facultad de obrar, como, por ejemplo: una estatua, una composición musical) y *egológicos*, que son la misma vida humana en cuanto viviente y actuante...

Cossio no admite una Filosofía del Derecho distinta de la Ciencia jurídica, reduciéndola a una teoría de la Ciencia jurídica. Considera el Derecho Natural como una hipótesis metafísica sin valor científico... Formula el principio jurídico fundamental diciendo: "Todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido". Este principio, que según Cossio es el pleno reconocimiento de la libertad del hombre, es completamente distinto de aquel otro que se formula diciendo: "Todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido".

Cossio analiza y critica la Teoría Pura del Derecho, afirmando que la Teoría Egológica tan solo ha tomado de aquella las consideraciones lógicas, superándola de tal suerte que "la teoría Pura del Derecho solo alcanza el veinte por ciento de la temática integral egológica".

Kelsen arremete contra la Teoría egológica y contra su propugnador el Prof. Cossio, que pretende saber y conocer mejor la Teoría Pura que su propio autor y defensor, hasta el extremo de llegar a la absorción de la Teoría pura del Derecho por la Teoría Egológica, a la conversión de Kelsen a la Egoología y en último caso, lograr su fulminación y aplastamiento.

Prescindiendo de las querellas personales, Kelsen dice que la Egoología es falsa en su origen, porque el Derecho no es objeto dado a la autoobservación y al conocimiento del *ego*, sino un objeto existente fuera del *yo*. El conocimiento jurídico no recae sobre el *yo*, sino sobre un objeto distinto del *yo*. De ahí que la Teoría egológica conduzca necesariamente el pensamiento por una vía falsa. Impugna la consideración del Derecho como *conducta en su interferencia intersubjetiva* y se burla donosamente de la distinción entre objetos mundanales y egológicos, afirmando que el Derecho no es, como una estatua, un objeto cultural, ni su protección es idéntica porque el Derecho, como valor y como conducta pudo ser igualmente protegido contra los efectos de la destrucción a la que alude Cossio.

Kelsen analiza y refuta el principio jurídico fundamental de la teoría egológica, negándole toda relación y concomitancia lógica, jurídica y doctrinal con la Teoría Pura del Derecho.

* * *

Las consecuencias de esta polémica han sido favorables a la Filosofía del Derecho, cuyos principios fundamentales se vigorizan, mientras quedan a la libre discusión de los hombres aquellos otros elementos deformes y variables que, sometidos al alambique de la inteligencia humana, van incorporándose al acervo común del saber como conquista del pensamiento. La discusión, rayana en fuerte polémica doctrinal y en franca discordia personal, nos evoca la concepción clásica del Derecho como norma (objetivo) y como facultad (subjetivo); nos recuerda la definición de Giner de los Ríos cuando decía que el Derecho es facultad de relación que se confiere a la conducta humana, en cuanto es libre y buena para el cumplimiento de los fines de la vida. Orden de la conducta buena y libre... sistema de actos y prestaciones... organismo de las condiciones que, dependiendo de la libertad de cada ser racional, son necesarias para el fin esencial de la vida...

Y no hemos de referirnos a la doctrina fundamental de la Escuela Española del Derecho Natural, porque el propio Kelsen ha reconocido paladinamente, a pesar de su enemiga doctrinal, que el Derecho Natural tiene y tendrá siempre tanto arraigo en la mente de los hombres porque satisface necesidades profundamente sentidas por el pensamiento humano y les sirve de justificación...

TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO VERSUS TEORÍA PURA DEL DERECHO (*)

Por Jerzy Wróblewski

La teoría pura del derecho ha despertado en la literatura teórico-jurídica muchas discusiones y polémicas, encontrando tanto ardientes partidarios como acérrimos opositores ⁽¹⁾. El radicalismo de las tesis metodológicas y, sin duda, un muy alto nivel de la teoría pura del derecho, combinado con un conveniente eslogan de apoliticidad que no impide presentar puntos de vista de tendencia liberal-burgués ⁽²⁾, han hecho hoy en día imposible practicar la teoría del derecho sin tomar una actitud específica ante el normativismo.

A diferencia del normativismo, la escuela egológica no es muy conocida en nuestro país. Un análisis de la polémica de esta escuela con la teoría pura del derecho permitirá, al mismo tiempo, caracterizar la teoría egológica en sus lineamientos básicos de forma más completa que cualquier definición preliminar de ella.

Después de las famosas polémicas entre F. Sander y Kelsen ⁽³⁾, la discusión entre Kelsen y C. Cossio, el fundador de la escuela egológica, volvió a estallar 30 años después en las páginas de una revista que era la continuación de aquella en la que tuvo lugar la disputa entre Sander y Kelsen ⁽⁴⁾.

(*) Publicado en *Panstwo i Prawo*, nro. 8-9, 1959, ps. 297-313. Traducción del polaco por Marta Plonka y revisión de estilo por Diego Luna.

(1) Cfr. sobre esto WRÓBLEWSKI, J., *Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa H. Kelsena*, Varsovia, 1955, cap. XIV (ps. 287 y ss.) y otros.

(2) Cfr. principalmente KELSEN, H., *Vom Wert und Wesen der Demokratie*, Tübingen 1929; del mismo: *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena-Leipzig, 1925; del mismo: "Foundations of Democracy", en *Ethics*, 1955. Véase también la discusión de las opiniones sobre el carácter político del normativismo: WRÓBLEWSKI, J., *ibíd.*, ps. 295 y ss., y la bibliografía allí citada.

(3) Cfr. SANDER, F., "Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studien zur Rechtstheorie Hans Kelsens", en *Zeitschrift für Öffent. Recht*, nro. 2, 1921; del mismo: *Kelsens Rechtslehre*, Tübingen, 1921; KELSEN, H., "Rechtswissenschaft und Recht, *Zeitschrift für Öffent. Recht*", nro. 3, 1922; del mismo: "In eigener Sache, *Zeitschrift für Öffent. Recht*", nro. 3, 1922.

(4) COSSIO, C., "Egologische Theorie und Reine Rechtslehre. Eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", en *Österreichische Zeitschrift für Öffent. Recht*, nro. 5, 1952; KELSEN, H., "Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio: Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", en *Österreich. Zeitschrift (...)*, nro. 5, 1953; COSSIO, C., "Die Anti-Egologische Polemik (Erwiderung an Professor Kelsen)", en *Österreich. Zeitschrift (...)*, nro. 8, 1957.

La polémica entre la teoría egológica del derecho y la teoría pura del derecho aborda las cuestiones fundamentales de la teoría jurídica contemporánea, empezando por las cuestiones metodológicas y terminando por la definición del derecho y el papel de la norma jurídica en el conocimiento jurídico. La escuela egológica, tratada por muchos, incluido por su fundador C. Cossio, como una continuación de la *Reine Rechtslehre*, llega en muchos aspectos a afirmaciones contrarias al normativismo, a tal punto que las yuxtaposiciones de los puntos de vista polemizados pueden verse como dos soluciones extremas de la teoría contemporánea del derecho. Y es desde este punto de vista que vale la pena rastrear críticamente aquellos momentos de la polémica de la escuela egológica contra el normativismo, que tienen una significación más general para la teoría jurídica contemporánea; sin embargo, no es posible presentar en el marco de este artículo una solución a estas cuestiones cruciales desde el punto de vista de la teoría marxista y, por lo tanto, solo puedo marcar mi propia posición dentro de un marco muy estrecho en relación con las opiniones polémicas.

Partiendo de estos supuestos, abordaré en el artículo las siguientes cuestiones que son objeto de la polémica entre la teoría egológica y el normativismo: I) los fundamentos metodológicos y filosóficos; II) el alcance y los métodos de la teoría del derecho; III) la definición del derecho; IV) la distinción entre una norma y una proposición normativa.

Sin embargo, antes de empezar a analizar las cuestiones antes mencionadas, es necesario presentar brevemente la relación entre la teoría egológica y el normativismo desde el punto de vista de los momentos que las conectan. No hay que olvidar que, en la opinión jurídica, la escuela egológica está fuertemente conectada con el normativismo ⁽⁵⁾. Kelsen es considerado por Cossio como el creador más destacado de la moderna teoría del derecho, y el normativismo como su mayor logro ⁽⁶⁾. Por parte de Kelsen, sin embargo, no hay reconocimiento de la teoría egológica, con una excepción ⁽⁷⁾; él no indica la existencia de afirmaciones comunes ⁽⁸⁾. El creador de normativismo rechaza la teoría egológica explícitamente ⁽⁹⁾.

(5) Cfr. KUNZ, J. L., Introducción en el volumen colectivo *Latin-America Legal Philosophy*, Cambridge Mass., 1948, p. XXVIII y ss.; del mismo: "Was ist die Reine Rechtslehre?", en *Österreich. Zeitschrift (...)*, nro. 2, 1948, p. 279; del mismo, reseña de AFTALIÓN, E. R., *Crítica del saber de los juristas*, La Plata, 1951, en *Österreich. Zeitschrift (...)*, nro. 5, 1953, p. 445.

(6) Cfr. KUNZ, J. L., "Was ist die Reine Rechtslehre?", *ibíd.*, p. 278; COSSIO, C., "Egologische Theorie (...)", *ibíd.*, p. 15. Escribiendo sobre el concepto del carácter normativo de la ciencia jurídica, Cossio afirma: "Esta nueva posición culmina en nuestros días con el nombre, verdaderamente olímpico, de Hans Kelsen" (COSSIO, C., *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 20).

(7) La cuestión era allí la existencia de un comportamiento jurídicamente "indiferente"; Cfr. KELSEN, H., "Reine Rechtslehre (...)", *ibíd.*, p. 456.

(8) Y si Kelsen ya marca el carácter común de la posición, lo reduce a las afirmaciones más generales, casi indiscutibles. *ibíd.*, p. 456 o 468.

(9) *ibíd.*, ps. 451, 482.

¿Qué tesis, entonces, conectan la teoría egológica con el normativismo a los ojos de C. Cossio? En su obra menciona cuatro de estos puntos fundamentales: 1) la aclaración del carácter lógico del “deber ser” como nexo en la norma jurídica ⁽¹⁰⁾; 2) el reconocimiento de que la norma es un juicio ⁽¹¹⁾; 3) la concepción del sistema jurídico como un todo basado en la interrelación de las normas de un ordenamiento jurídico, por lo que la aplicación del derecho y la creación del derecho se consideran una misma actividad ⁽¹²⁾; 4) el vínculo de los dualismos tradicionales del derecho público y privado, derecho y Estado, y derecho interno o común e internacional con el concepto de conducta ⁽¹³⁾. La teoría egológica asume estos cuatro puntos de la teoría pura del derecho y trata la teoría de la norma como la “analítica de la parte”, la teoría del ordenamiento jurídico como la “analítica del todo” y la teoría de los dualismos en la ciencia jurídica como la “dialéctica del pensamiento jurídico” ⁽¹⁴⁾.

Dado que nuestro tema es el análisis de las polémicas, no me detendré en estos puntos comunes; solo es necesario señalar aquí que estos puntos pueden ser comunes al normativismo y a la teoría egológica no sin reservas, ya que Cossio distingue entre la *Reine Rechtslehre* vista a través de los ojos de Kelsen y vista a través de los ojos de la teoría egológica ⁽¹⁵⁾.

I

La polémica entre la teoría egológica y el normativismo está relacionada con la cuestión de los supuestos metodológicos-filosóficos de ambas teorías. Curiosamente, este momento no está muy marcado en esta polémica; el normativismo apenas toca sus presupuestos filosóficos, mientras que la escuela egológica los enfatiza más plenamente, sin ir más allá del ámbito de formulaciones más bien generales ⁽¹⁶⁾.

(10) COSSIO, C., “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, ps. 21, 24; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 194, 196; del mismo: Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, p. 99; del mismo: “Norm, Recht und Philosophie”, en Österreich. Zeitschrift (...), nro. 1, 1948, ps. 351, 353.

(11) COSSIO, C., “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, p. 21; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, p. 194; *ibíd.*: Teoría de la verdad, *ibíd.*, ps. 101 y ss.; *ibíd.*: “Norm (...)”, *ibíd.*, p. 352.

(12) Del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, p. 21; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, p. 195; COSSIO, C., “Phenomenology of the Decision”, en Latin-American Legal Philosophy, p. 367.

(13) Del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, p. 22; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, p. 195.

(14) Del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, p. 22; del mismo: Teoría de la verdad, *ibíd.*, ps. 98 y ss.

(15) Del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, ps. 24 y ss., p. 30. Polémicamente: KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, p. 453.

(16) Al escribir sobre las discusiones que mantuvo con Kelsen en Buenos Aires, COSSIO señala: “Kelsen estaba a la defensiva por primera vez. Aquí apareció con una actitud antifilosófica (...)” (“Egologische Theorie”, *ibíd.*, p. 26).

Sin embargo, la cuestión tiene un aspecto más amplio: se trata de saber hasta qué punto ciertas premisas filosóficas son necesarias para construir una teoría del derecho y si determinan, y en qué medida, las afirmaciones a las que llega la teoría. Por lo tanto, es necesario considerar: 1) los supuestos metodológico-filosóficos del normativismo de Kelsen y su escuela, 2) los supuestos metodológico-filosóficos de la teoría egológica, y 3) el papel de estos supuestos en las afirmaciones polémicas de cada una de estas teorías.

1. Los presupuestos metodológico-filosóficos de la teoría pura del derecho en las propias obras de Kelsen se construyen sobre la base de la metodología kantiana, principalmente en la versión de neokantianismo de la Escuela de Marburgo, junto con elementos de la fenomenología de Husserl, la filosofía de la ficción de Vaihinger y ciertos acentos de la filosofía de la cultura del sur de Alemania ⁽¹⁷⁾. En este momento, para nosotros, es de poca importancia la cuestión de hasta qué punto el “fondo” filosófico de Kelsen se desarrolló históricamente junto con el desarrollo de las tesis básicas del normativismo; basta decir que Kelsen, hasta la última formulación de su teoría, reconoció la importancia de las consideraciones filosóficas que constituyen las premisas de su teoría ⁽¹⁸⁾. Sin embargo, es característico que a veces las tesis del normativismo son aceptadas, viendo la posibilidad de rechazar sus supuestos filosóficos ⁽¹⁹⁾; esto parece ser un síntoma de cierto regreso a una posición positivista que utilizaba el mismo método dogmático formal que Kelsen, pero que no tenía una justificación filosófico-metodológica ⁽²⁰⁾ más profunda, excepto que se basaba en vagas intuiciones de actitudes cognitivas “dogmáticas”, “formalistas” de ciertos círculos jurídicos ⁽²¹⁾. Debido a la polémica con la teoría egológica, la actitud de Kelsen hacia la filosofía cultural alemana y la fenomenología resulta más interesante.

La filosofía de la cultura ha ejercido y sigue ejerciendo hasta hoy una gran influencia en los conceptos metodológicos de las denominadas humanidades, y entre ellas también en la ciencia jurídica. Muchos de los argumentos de Kelsen relativos a la peculiaridad del dualismo de *Sein* y *Sollen*, tanto en el sentido de dualismo ontológico como epistemológico, muestran algunas aproximaciones a aquellos momentos de la filosofía de la cultura, que enfatizaban la peculiaridad óptica y ontológica de los objetos humanís-

(17) Véase un análisis de los supuestos filosóficos de la teoría de Kelsen: WRÓBLEWSKI, J., *Krytyka* (...), *ibid.*, ps. 22-31, y la bibliografía allí citada.

(18) Esto se refiere al hecho de que Kelsen imprimió una traducción de *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Tübingen, 1922) como apéndice a su última exposición sistemática sobre la teoría pura del derecho en su *General Theory of Law and State*, Harvard, 1949.

(19) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., *ibid.*, ps. 291-295, y la bibliografía allí citada; y KUNZ, J. L., “Was ist die Reine Rechtslehre?”, *ibid.*, p. 288.

(20) Cfr. OPALEK, K. y WRÓBLEWSKI, J., “Pozytywizm prawniczy”, en *Panstwo i Prawo*, nro. 10, 1954, ps. 10, 15 y ss.

(21) Cfr. WRÓBLEWSKI, B., *Stadia z dziedziny prawa i etyki*, Varsovia, 1934, ps. 89 y ss., ps. 122 y ss., p. 130.

ticos y las propiedades especiales relacionadas con el conocimiento de los objetos culturales ⁽²²⁾. La coincidencia de estos momentos fue tan grande, que Kelsen dedicó una de sus obras a considerar la cuestión de si los estudios jurídicos son una ciencia de las normas (*Normwissenschaft*) o una ciencia de la cultura (*Kulturwissenschaft*). En su análisis, Kelsen critica la vaguedad del concepto de filosofía de la cultura e intenta demostrar la peculiaridad del conocimiento jurídico, que no puede reducirse a los métodos de conocimiento de los fenómenos culturales basados en valores ⁽²³⁾.

En la teoría de Kelsen se ve claramente el intento por demostrar la autonomía metodológica del derecho en relación con otras metodologías. La pureza metodológica de la *Reine Rechtslehre* exige que se la separe no solo de las pretensiones de la psicología, la sociología, la historia y la metafísica jurídico-natural o política, sino también que se demuestre la especificidad del método normativo en relación con la expansión de la filosofía de la cultura ⁽²⁴⁾. Esto es una consecuencia de la aceptación, por parte de Kelsen, de la tesis neokantiana de que el método de conocimiento crea su objeto. Según Kelsen, la única justificación filosófica del carácter distintivo de la ciencia jurídica puede ser solamente la peculiaridad del método utilizado por esta ⁽²⁵⁾.

La relación del normativismo con la fenomenología no es uniforme entre los distintos representantes de la teoría pura del derecho. Kelsen utilizó, como muchos de sus contemporáneos, las tesis de la fenomenología para combatir el psicologismo ⁽²⁶⁾ en la aprehensión de la norma y en la interpretación de los conceptos jurídicos básicos. No obstante, más allá de eso, no utilizó el método fenomenológico de manera consciente al menos ⁽²⁷⁾. En cambio, los sucesores de Kelsen, salidos de su escuela vienesa, manifiestan una inclinación bastante definida hacia la fenomenología. Tal vez, ello esté influenciado por el ocaso del kantismo, cuando el lema *Zurück zur Kant* [vuelta a Kant] dejó de nutrir el idealismo moderno; tal vez ello se deba al poder de atracción de la fenomenología, especialmente al método que promueve para llegar a la esencia de las cosas. El enfoque

(22) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., Krytyka (...), ps. 35 y ss., p. 42. Respecto de la posición básica del normativismo, KELSEN, H., "Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft", en *Schmollers Jahrbuch*, XL, nro. 3, 1916.

(23) *ibíd.*, ps. 96 y ss., ps. 114-115. Cfr. *ibíd.*, allí una discusión crítica de algunos teóricos del derecho basados en la filosofía de la cultura (Kantorowicz, Lask), ps. 121 y ss.

(24) Cfr. KELSEN, H., *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego*, Vilna, 1935, vol. 1, ps. 116, 118, 209, 266, 339; del mismo: *Czysta teoria prawa*, *Gazeta Administracji i Policji Państwowej*, reimpresión, 1934, p. 13; del mismo: *Reine Rechtslehre*, Leipzig, 1934, p. 10.

(25) Cfr. KELSEN, H., *Podstawowe zagadnienia (...)*, *ibíd.*, vol. 1, p. 36; *ibíd.*: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922, p. 106; del mismo: *General Theory (...)*, *ibíd.*, p. 189; del mismo: "Die Rechtswissenschaft (...)", *ibíd.*, p. 152. Cfr. WRÓBLEWSKI, J., *Krytyka (...)*, *ibíd.*, ps. 24, 40 y ss.

(26) Cfr. TATARKIEWICZ, W., *Historia filozofii*, Varsovia, 1950, vol. 3, p. 302; KELSEN, *Podstawowe zagadnienia (...)*, *ibíd.*, vol. 1, ps. 25, 114.

(27) Para la crítica de la teoría del imperativo, véase COSSIO, C., "Norm (...)", *ibíd.*, p. 345.

fenomenológico de la teoría pura del derecho interpreta los conceptos básicos del normativismo ya no como conceptos y categorías necesarias en el sentido kantiano, sino como conceptos intrínsecamente necesarios que corresponden a todo derecho posible. Estos conceptos no pueden obtenerse por inducción, ni son categorías dadas *a priori* derivadas de las propiedades del conocimiento humano, sino que son conceptos obtenidos a partir de la percepción fenomenológica de la esencia de las cosas. Los trabajos de F. Kaufmann⁽²⁸⁾ y F. Schreier⁽²⁹⁾ van en esta dirección, elementos de tal actitud pueden verse en los desarrollos de B. y Montoro⁽³⁰⁾ y en esta dirección va de manera más consistente la teoría egológica⁽³¹⁾.

2. Desde un comienzo, la teoría egológica del derecho pone gran énfasis en las posiciones metodológicas y hace uso consciente de ellas en sus desarrollos⁽³²⁾. En lo que respecta a sus presupuestos metodológico-filosóficos, C. Cossio considera que su teoría es la teoría del derecho contemporánea más universal, que engloba elementos germánicos, angloamericanos y latinos⁽³³⁾. Sus supuestos se basan en la fenomenología de Husserl, la filosofía de la cultura en términos de Dilthey y Rickert, como también en el existencialismo de Heidegger⁽³⁴⁾. Cossio utiliza ampliamente en sus argumentos el método fenomenológico y a menudo, la justificación última de las tesis expuestas es, precisamente, el método en el que se basa

(28) KAUFMANN, F., *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1922; del mismo: *Kriterien des Rechts*, Tübingen, 1924.

(29) SCHREIER, F., *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre*, Viena, 1924.

(30) SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE y MONTORO, A., "Kelsenism", en *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, Nueva York, 1947.

(31) Esto no quiere decir, por supuesto, que la teoría fenomenológica del derecho aparezca solo como un producto del desarrollo del normativismo. Encontramos algunas obras en este ámbito que no hacen referencia a la *Reine Rechtslehre*, como REINACH, A., "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts", en *Jahrbuch für Phänomenologie und phänomenologische Forschung*, 1913; HUSSERL, G., *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlín, 1925; GURVITCH, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, 1935; LLAMBÍAS de AZEVEDO, J., "The Eidetics und Aporetics of the Law. Prolegomena to the Philosophy of Law", en *Latin American Legal Philosophy*; Cfr. la discusión de las opiniones de este último junto con Cossio por WRÓBLEWSKI, J., "Fenomenologiczna filozofia prawa w Ameryce Lacinskiej", en *Panstwo i Prawo*, nro. 6, 1957, ps. 1185 y ss.

(32) Es característico que en la sistemática de una obra básica de Cossio, cada capítulo se inicia con un punto dedicado al análisis crítico de la base filosófica de la solución de los problemas fundamentales; Cfr. COSSIO, C., *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, ps. 19 y ss., ps. 59 y ss., ps. 93 y ss., ps. 125 y ss., ps. 176 y ss., ps. 220 y ss.

(33) Cossio escribe: "creo que la teoría egológica es la expresión del pensamiento jurídico más llena de universalidad hoy en día", en *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, ps. 14-15, Cfr. ps. 10 y ss.

(34) Cossio afirma que más allá de "la experiencia eidética de la esencia (...)" no hay otro camino para resolver una cuestión de principios", en *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, p. 152, Cfr. ps. 44 y ss.; "Norm (...)", *ibíd.*, p. 370, p. 483; "Egologische Theorie (...)", *ibíd.*, ps. 32 y ss., p. 41; "Die Anti-Egologische Polemik", *ibíd.*, p. 211. Otras direcciones de la filosofía latinoamericana del derecho también muestran influencias análogas; Cfr. WRÓBLEWSKI, J., "Personalistyczna filozofia prawa w Ameryce Lacinskiej", en *Panstwo i Prawo*, nro. 10, 1956, ps. 687 y ss., donde discutí la obra de RECASÈNS SICHES, L., "Human Life, Society and Law: Fundamentals of the Philosophy of Law", en *Latin-American Legal Philosophy*. Cossio realiza una crítica egológica de estos puntos de vista: *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, ps. 87 y ss.

para llegar a ellas ⁽³⁵⁾. La intuición eidética le permite descubrir la esencia de las cosas a partir de una visión intuitiva de un único fenómeno ⁽³⁶⁾. Lo evidente (*evidence*) de las tesis establecidas no requiere ninguna otra justificación sobre la base de la filosofía sin presupuestos, como la fenomenología ⁽³⁷⁾.

La teoría egológica toma de la filosofía de la cultura el concepto de objeto cultural, al que enriquece con una serie de elementos nuevos. Para la construcción del objeto de estudio, que es el derecho, Cossio se basa en la distinción entre el contenido y la forma de los fenómenos, así como en la distinción, que es fundamental en la filosofía de la cultura, entre el “sustrato” material y sensorial y el “sentido” de un fenómeno, cuyo conocimiento consiste en la comprensión ⁽³⁸⁾.

Por último, el existencialismo se asocia en egología con el “ser óntico-ontológico” del hombre, que no puede separarse de su comportamiento ⁽³⁹⁾, como también con el principio metafísico fundamental de la libertad humana, la cual se manifiesta mediante este comportamiento ⁽⁴⁰⁾. Los acentos existencialistas dan un cierto brillo moderno a las viejas tesis de la filosofía de la cultura ⁽⁴¹⁾.

3. Resulta difícil en este momento evaluar los supuestos de ambas teorías polémicas. Se pueden considerar desde el punto de vista de la aceptación de una filosofía particular; pero si, desde el punto de vista de la teoría

(35) *ibíd.*, *passim*; COSSIO, C., “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 205 y ss., ps. 210 y ss.; *ibíd.*: “Norm (...)”, *ibíd.*, ps. 356, 483; *ibíd.*: “Phenomenology of the Decision”, *ibíd.*, p. 353; del mismo: “Jurisprudence and the Sociology of Law”, en *Columbia Law Review*, LII, 1952, ps. 368 y ss., ps. 482 y ss.; del mismo: “Intuition, Thought and Knowledge in the Domain of Law”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, XIV, 1954, ps. 470 y ss., p. 483. Cfr. WRÓBLEWSKI, J., “Fenomenologiczna filozofia prawa (...)”, *ibíd.*, *passim*.

(36) COSSIO, C., *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, p. 59. Cfr. M. FARBER: “The Foundation of Phenomenology”, en *Edmund Husserl and the Quest for a Rigorous Science of Philosophy*, Cambridge, 1943, p. 537. LLAMBIÁS de AZEVEDO, J., *ibíd.*, ps. 408 y ss. Sobre el papel del método para la fenomenología, Cfr. CAIRNS, D., “An Approach to Phenomenology”, en *Edmund Husserl (...)*, *ibíd.*, p. 3.

(37) FARBER, M., “The Ideal of Presuppositionless Philosophy”, en *Edmund Husserl (...)*, *ibíd.*, ps. 57, 62. Cossio remarca repetidamente que el normativismo debe tomar una serie de presupuestos de los cuales la teoría egológica prescinde gracias al método fenomenológico (Cfr. COSSIO, C., “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 198, 203, 212).

(38) COSSIO, C., *Teoría de la verdad*, ps. 63 y ss. (cap. II, 2); *ibíd.*: “Phenomenology of the Decision”, *ibíd.*, ps. 350 y ss.

(39) Cossio escribe: “la cultura, en todas sus manifestaciones, es el modo de ser del hombre plenario en su efectiva existencia” (*Teoría de la verdad*, *ibíd.*, p. 8. Cfr. *ibíd.* referencias a Heidegger sobre el ser del hombre: ps. 73, 114 y ss.)

(40) La conducta es “la libertad fenomenalizada” y “la intuición óptica de la conducta es intuición de la libertad”; COSSIO, C., *Teoría de la verdad*, *ibíd.*, ps. 71, 111. Cfr. del mismo: “Norm (...)”, *ibíd.*, ps. 360, 370, 483.

(41) El existencialismo ha influido fuertemente en la teoría del derecho contemporánea, véase JAKUBOWSKI, J., “Uwagi o egzystencjalistycznej filozofii prawa”, en *Panstwo i Prawo*, nro. 7, 1958, ps. 26 y ss. (referencia a C. COSSIO, p. 35); SZARGORODSKI, M., “Filosofija egzistencjalisma i bourzuzaznaja teorija prawa”, en *Sov. Gos. i Pr.*, nro. 6, 1958, ps. 122 y ss. que, sin embargo, no invoca las opiniones de la teoría egológica. También Kelsen ha hecho una crítica a la teoría existencialista del derecho, véase KELSEN, H., “Existenzialismus in der Rechtswissenschaft”, en *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, nro. XLIII, 1957.

marxista, evaluamos negativamente los supuestos de ambas teorías que polemizan entre sí, entonces, evidentemente, no se sigue la conclusión de que todas las afirmaciones de la teoría del estado y del derecho hechas desde ambas posiciones sean rechazadas por la teoría marxista. Esto se debe a la naturaleza de la relación existente entre los presupuestos metodológico-filosóficos de cada teoría y las tesis teóricas concretas: los presupuestos generales pueden determinar, y de hecho determinan, las tesis básicas de la teoría del derecho, pero pueden hacerlo o bien de manera positiva, determinando su contenido de forma más amplia o más estrecha, o bien de manera negativa, excluyendo la posibilidad de reconocer ciertas afirmaciones, pero sin determinar todavía qué tesis deben formularse a partir de ellas.

II

En la cuestión del alcance y los métodos de la teoría del derecho se trata de la cuestión general del papel del análisis “lógico” de la teoría jurídica⁽⁴²⁾: si ha de ser un método de la teoría del derecho que prejuzga de manera evidente el alcance de las cuestiones planteadas por la teoría, o si ha de ser un método de una de las ramas de la teoría del derecho que examina uno de los “lados” del fenómeno jurídico. Cossio distingue entre dos concepciones de la *Reine Rechtslehre*: la amplia y la estricta. En sentido amplio, abarca todo lo que escribió Kelsen, incluidas las reflexiones sociológicas sobre la causalidad y los trabajos sobre la historia de las doctrinas políticas. En cambio, la *Reine Rechtslehre* en sentido estricto, abarca las cuatro cuestiones antes mencionadas, cuya solución normativa asume la teoría egológica, y que la trata como una lógica jurídica, es decir, como una lógica del deber ser, como una ciencia del pensamiento y no del derecho⁽⁴³⁾. Esta lógica del deber ser se justifica por el método fenomenológico y, precisamente, sobre su base se incorpora la teoría pura del derecho (en sentido estricto) a la teoría egológica como una de sus partes, pero solo como ciencia del pensamiento, no como ciencia de los fenómenos jurídicos, solo como el 20% de la teoría egológica del derecho⁽⁴⁴⁾.

Kelsen, sin compartir la afirmación de Cossio de que la teoría pura del derecho es la lógica del derecho, subraya que el análisis estructural del ordenamiento jurídico no es una tarea de la lógica, sino de la teoría general del derecho, y su pureza “no radica en el hecho de que lleve a cabo un análisis estructural del derecho, sino en el hecho de que analiza esa estructura ba-

(42) Al utilizar aquí el término “análisis lógico” me refiero a una forma de abordar el derecho que se desarrolló en el método formal-dogmático a partir de la evolución del positivismo jurídico, conduciendo, entre otras cosas, al normativismo. Cfr. OPALEK, K., y WRÓBLEWSKI, J., “Pozytywizm prawniczy”, *ibíd.*, ps. 2, 9, 22 y ss., ps. 29 y ss.

(43) COSSIO, C., “Egologische Theorie”, *ibíd.*, ps. 22 y ss.; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 193-199.

(44) COSSIO, C., “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, p. 27.

sándose sobre el principio de la pureza del método”, es decir, excluyendo el sincretismo metodológico ⁽⁴⁵⁾. La cuestión aquí es si la teoría del derecho ¿ha de ser solo “la geometría de un fenómeno jurídico” ⁽⁴⁶⁾ y todos los demás enfoques son no jurídicos, o si es posible estudiar el derecho desde varios puntos de vista, y en particular estudiar el derecho como norma, como una determinada experiencia psicológica y como cierto hecho social? La posición de Kelsen se reduce, esencialmente, a la afirmación de que el único método de examen del derecho es el método normativo utilizado por él ⁽⁴⁷⁾, mientras que otras orientaciones teóricas contemporáneas aceptan básicamente que, aunque el examen estructural del derecho es necesario, no es ciertamente suficiente. Este grupo de teorías incluye tanto a la teoría egológica como a la teoría de Petrazycki y, en mi opinión, a la teoría marxista. Las enormes diferencias que se dan entre las teorías de este segundo grupo muestran claramente que una posición negativa contra el monopolio del método “lógico” no prejuzga todavía positivamente la forma de estudiar el derecho.

En particular, desde el punto de vista de la teoría marxista, se puede argumentar que el análisis “lógico” del sistema jurídico y sus elementos es un importante componente de la teoría del derecho. Esta teoría, sin embargo, basada en el método del materialismo histórico, no puede limitarse a tal análisis, sino que debe estudiar el sistema jurídico como un fenómeno histórico, vinculado genéticamente y funcionalmente al conjunto de las relaciones sociales, especialmente a las económicas y políticas.

La teoría egológica, que reduce el papel de la teoría pura del derecho *stricto sensu* a la lógica jurídica, al mismo tiempo afirma que el derecho es una ciencia sobre el fenómeno jurídico; es una ciencia empírica ⁽⁴⁸⁾ con un objeto cultural específico, que es el derecho.

El empirismo de la teoría egológica cuyo objeto es, como veremos, la conducta, no la lleva a descender a un nivel sociológico, lo que le imputan sus críticos. Cossio critica con toda severidad las formas sociológicas de explicar la naturaleza del deber ser, se opone a los conceptos sociológicos de la teoría del derecho ⁽⁴⁹⁾, y argumenta que justamente sobre la base de la filosofía cultural, pueden ser estudiados ciertos fenómenos de la realidad no en el plano de los aspectos sociológicos, explicación causal o funcional de ellos,

(45) KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, ps. 452 y ss. Hay que subrayar, sin embargo, que el papel de la lógica en la teoría de Kelsen es muy grande; él mismo, incluso, otorga a ciertas leyes de la lógica el carácter de “ley trascendental-lógica de la naturaleza” (Cfr. *Die philosophischen Grundlagen (...)*, *ibíd.*, p. 60). Cfr. también WRÓBLEWSKI, J., Krytyka (...), *ibíd.*, ps. 112 y ss., y la bibliografía allí citada.

(46) KELSEN, H., *Podstawowe zagadnienia (...)*, *ibíd.*, vol. 1, p. 141.

(47) Véase al respecto WRÓBLEWSKI, J., Krytyka, *ibíd.*, ps. 61 y ss.

(48) COSSIO, C., “Norm (...)”, *ibíd.*, ps. 367, 370, 478, 483.

(49) Cfr. COSSIO, C., *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, ps. 32-38; *ibíd.*: “Jurisprudence and the Sociology of Law”, *ibíd.*, *passim*.

sino sobre la base de una comprensión de este comportamiento basada en la tesis básica de la filosofía existencialista de la cultura.

III

La cuestión de la definición del derecho es uno de los temas más controvertidos de la teoría jurídica, debido a que determina en gran medida el ámbito de interés e incluso el modo de investigación del teórico del derecho. En tanto, si prescindimos de las definiciones aparentes que a menudo adornan y han adornado diversas obras teórico-jurídicas solo *ut aliquid fecisse videatur*, y que no han jugado un papel importante en las consideraciones posteriores, la cuestión de la definición del derecho ha sido hasta ahora de gran importancia. La única excepción aquí es probablemente el funcionalismo, que, con su propia indiferencia por las cuestiones de la estructura conceptual de su teoría, utiliza términos muy vagos.

Sin embargo, a pesar de las profundas diferencias entre las teorías contemporáneas del derecho, se las puede unir en grupos fundamentales adoptando diferentes criterios de división. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de los supuestos filosóficos y políticos de las teorías jurídicas, se pueden contrastar fundamentalmente las teorías marxistas con las teorías burguesas, o se pueden separar (lo que es más difícil de hacer) las teorías basadas en los supuestos de la filosofía kantiana de las teorías fenomenológicas. En relación con la polémica entre la teoría egológica y el normativismo, surge un contraste extremadamente trascendental entre los dos grupos de teorías. El primer grupo incluye las teorías que entienden el derecho como un conjunto de normas que posee ciertas propiedades definidas estructural, psicológica o sociológicamente, mientras que el segundo grupo incluye las teorías que entienden el derecho como ciertos hechos. Para decirlo de forma sucinta, la cuestión es si el derecho se define como una norma que posiblemente se relacione a unos hechos, o si se define como un hecho que permanece asociado a la norma.

La teoría pura del derecho pertenece al primer grupo de opiniones y representa una de sus variantes más extremas, mientras que la teoría egológica representa el intento más reciente de formular la posición del segundo grupo. Consideremos este conflicto de dos enfoques del derecho en el terreno de la polémica que estamos discutiendo.

La teoría pura del derecho se basa en el dualismo del ser y el deber ser, que, contrariamente a las apariencias, no define estrictamente ni el lugar ontológico del derecho ni especifica las propiedades del conocimiento jurí-

dico como *Sollen* ⁽⁵⁰⁾. A pesar de todo el aparato filosófico, la cuestión de la definición de lo que es una norma jurídica no se explica completamente en el normativismo ⁽⁵¹⁾.

En la teoría pura del derecho, la norma establece una construcción clave que determina la totalidad de sus consideraciones. Son cosas conocidas y no es necesario volver a ellas aquí, pero debido a la polémica con la teoría egológica, hay que destacar ciertos aspectos. 1) La norma, como objeto de conocimiento jurídico, pertenece a la esfera del *Sollen*, por oposición al acto psíquico que la crea o, en general, por oposición a la conducta de uno mismo que está en la esfera del ser (*Sein*) ⁽⁵²⁾. 2) La norma jurídica es un juicio (*Urteil*) que se diferencia de los juicios explicativos en que no describe ninguna realidad, sino que constata el deber mediante un particular vínculo de conducta ⁽⁵³⁾. 3) Una norma jurídica es un esquema interpretativo del comportamiento humano, que solo cuando se lo considera desde el punto de vista de la norma tiene algún significado jurídico ⁽⁵⁴⁾.

La teoría egológica, al aceptar la tesis de la teoría pura del derecho y reduciéndola a la lógica del derecho, basándose en la filosofía de la cultura, llega a una perspectiva completamente diferente. Mientras Kelsen, sucumbiendo al enfoque epistemológico kantiano del derecho, partió de una especie de método de conocimiento jurídico y dejó el lugar ontológico del derecho sin explicación, Cossio parte justamente de consideraciones ontológicas, en las que, utilizando el método fenomenológico y una serie de filosofías culturales, trata de justificar la tesis de que el derecho es “el comportamiento en su interferencia intersubjetiva” (*la conducta humana en su interferencia intersubjetiva*) ⁽⁵⁵⁾. A este complicado y *prima facie* incomprensible término, se llega también por un camino intrincado, cuyas etapas básicas intentaré describir. Basándose en el concepto de regiones ónticas de Husserl, Cossio distingue cuatro tipos de objetos: ideales, naturales, culturales y metafísicos. El derecho se encuentra entre los objetos culturales que se caracterizan por ser reales (existen), que se dan en la experiencia y que se valoran positiva o negativamente. Si, además, en el objeto cultural separamos el sustrato y el significado (*el sentido*), entonces entre estos objetos podemos distinguir a su vez dos grupos: objetos cuyo sustrato es el comportamiento humano (ob-

(50) COSSIO, C., “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, ps. 44-45; WRÓBLEWSKI, J., Krytyka (...), *ibíd.*, ps. 36-55.

(51) *ibíd.*, ps. 132-138.

(52) KELSEN, H., *Czysta teoria prawa*, *ibíd.*, p. 11

(53) KELSEN, H., *Podstawowe zagadnienia (...)*, *ibíd.*, vol. 1, ps. 117, 297; del mismo: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín 1925, p. 32; del mismo: *General Theory (...)*, *ibíd.*, p. 35.

(54) KELSEN, H., *Czysta teoria prawa*, *ibíd.*, p. 10; del mismo: *General Theory*, *ibíd.*, p. 41.

(55) COSSIO, C., *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, ps. 78 y ss.; del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, ps. 40 y ss.; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 206 y ss.

jetos egológicos) y otros objetos culturales cuyo sustrato son los fenómenos naturales (*objetos mundanales*)⁽⁵⁶⁾.

El derecho es un objeto egológico, o sea, un comportamiento. Sin embargo, no todos los comportamientos son derecho. Constituye derecho solo la conducta considerada desde el punto de vista de la posibilidad de ser impedida por otra persona. Solo a partir de considerar el comportamiento teniendo en cuenta que otra persona puede interferir en ese comportamiento, nos encontraremos con el derecho. Esta posibilidad de interferir se capta como “interferencia intersubjetiva”⁽⁵⁷⁾.

Como puede verse, la teoría egológica no necesita en absoluto de una norma para determinar el derecho. La “juridicidad” de un comportamiento puede ser determinada por un jurista —y según Cossio, de hecho, lo hace— sin tener en cuenta ninguna norma⁽⁵⁸⁾. ¿Cuál es, entonces, el papel de la norma: es una forma de pensar o una forma de conocer el comportamiento, donde es necesario que ese comportamiento se defina como una obligación, un derecho, un beneficio o una sanción? Sin una norma solo es posible definir un comportamiento como derecho, pero la calificación jurídica de este comportamiento sin una norma es imposible⁽⁵⁹⁾. La norma en relación con la conducta considerada como objeto cultural es una forma de conocimiento, al igual que un concepto (o un juicio, identificado con él según Husserl) es una herramienta de conocimiento, por ejemplo, de los objetos naturales⁽⁶⁰⁾. Y aquí radica la justificación de la mencionada reducción de la *Reine Rechtslehre* a la lógica jurídica: si la norma es una forma de conocer el comportamiento en el sentido en que los conceptos (y el juicio) son formas de conocer los fenómenos naturales, entonces la ciencia de las normas es una ciencia de las formas de pensamiento, al igual que la lógica.

Una vez esbozadas las posiciones de las dos teorías que polemizan entre sí en cuanto a la definición del derecho, pasemos a los argumentos críticos que se esgrimen mutuamente.

El argumento de la teoría egológica es tan breve como fundamental, pues se reduce a la afirmación de que el dualismo ser-deber ser no determina aún la ontología del derecho; y que, a partir de los supuestos fenomenoló-

(56) COSSIO, C., Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, ps. 63 y ss.; del mismo: “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, ps. 35 y ss.; *ibíd.*: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 210 y ss.; del mismo “Phenomenology of the Decision”, *ibíd.*, ps. 350 y ss.

(57) COSSIO, C., Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, ps. 79-83; del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, p. 40.

(58) COSSIO, C., Teoría de la verdad, *ibíd.*, ps. 75, 104; del mismo: “Egologische Theorie”, *ibíd.*, ps. 37-39.

(59) COSSIO, C., “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 208-209.

(60) COSSIO, C., Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, ps. 101 y ss., p. 110; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, p. 207; *ibíd.*: “Norm (...)”, *ibíd.*, ps. 351, 358; del mismo: “Intuition (...)”, *ibíd.*, p. 484.

gicos que toma Cossio, hay que construir una teoría del derecho cuyo punto nodal sea la tesis de que el derecho es “comportamiento en interferencia intersubjetiva”. El argumento es invocar la evidencia intuitiva de la experiencia y acusar al oponente de *Ideenblindheit* [ceguera de ideas] ⁽⁶¹⁾.

La cuestión de la aceptación de las soluciones egológicas depende principalmente de la aceptación de las premisas metodológicas y filosóficas planteadas, que Cossio no trata de justificar y que no pueden ser aceptadas desde nuestra posición.

En cambio, la polémica por parte de Kelsen es mucho más profunda y está más desarrollada. Incluye tanto una crítica inmanente de los puntos de vista de la escuela egológica, llevada a cabo *sub specie* para demostrar la inconsistencia del argumento de Cossio, como también la crítica trascendente que acertadamente demuestra el contraste entre la concepción egológica y la *Reine Rechtslehre*.

La crítica inmanente incluye: 1) el análisis del objeto cultural; 2) la crítica al concepto de conducta como comportamiento en interferencia intersubjetiva; 3) la eliminación de la norma del concepto de derecho; 4) el carácter egológico de la teoría de Cossio.

1. El análisis del concepto de objeto cultural sobre la base de las divisiones de sustrato y sentido (*Sinn*) y de objetos y comportamiento muestra, según Kelsen, que en consideraciones que “no parecen dar mucha importancia a la precisión y la claridad” ⁽⁶²⁾, se llega a una cuádruple división de los fenómenos culturales en dos tipos de objetos (egológicos y *mundanales*), y cada uno de ellos en sustrato y sentido. Aprender como una unidad tal objeto de cuatro partes es una tarea irresoluble, que la teoría egológica “asombrosamente... simplifica” ⁽⁶³⁾. Además, según Kelsen, Cossio es incoherente en dos puntos divergentes, básicamente. Por un lado, porque si el objeto cultural “es” sentido, como afirma Cossio, entonces no puede tener un sustrato sensorialmente cognoscible; por otro lado, el derecho sobre la base de la teoría egológica también debe ser aprehendido como un fenómeno de la naturaleza ⁽⁶⁴⁾.

2. La crítica al concepto de comportamiento en “interferencia intersubjetiva” intenta demostrar que, o bien el concepto de norma ya está introducido implícitamente aquí, o... que este concepto lleva al absurdo. Si esta “posibilidad de impedir” significara la posibilidad de prohibir o permitir, ya habría que operar con el concepto de norma. Dado que la teoría egológica quiere determinar el objeto del derecho sin utilizar la norma, podría tratar-

(61) COSSIO, C., “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 206 y ss., p. 212.

(62) KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, p. 457.

(63) *ibíd.*, p. 459.

(64) *ibíd.*, ps. 459-461.

se de impedir o no impedir realmente un determinado comportamiento. Por otra parte, tal planteamiento conduce a una imposible captación de la unidad de comportamiento del que actúa y del que no interviene, ya que, de hecho, todas las personas no deben intervenir, y es imposible captar la unidad de acción y no acción ⁽⁶⁵⁾.

3. La eliminación de la norma del concepto de derecho, el punto fundamental de oposición entre las dos teorías polémicas, se evalúa principalmente desde el punto de vista trascendental, pero también en la crítica inmanentista Kelsen intenta mostrar que los supuestos de la teoría egológica no solo no excluyen la posibilidad de introducir la norma en el concepto de derecho, sino que en realidad la obligan. En primer lugar, sobre la base de la teoría de un objeto cultural es imposible considerar el comportamiento sin su producto (por ejemplo, la actividad de un escultor sin una escultura) y, por lo tanto, en relación con el derecho, es imposible considerar el comportamiento sin su producto, es decir, sin la norma establecida en este acto de comportamiento ⁽⁶⁶⁾. Además, al tiempo que subraya que existe una convergencia entre la *Reine Rechtslehre* y la teoría egológica en el sentido de que sin referencia a una norma no se puede dar al comportamiento una calificación de deber, derecho, etc., Kelsen concluye que tampoco sin norma se puede concluir que el comportamiento tenga alguna característica de “juridicidad” independientemente de cualquier norma ⁽⁶⁷⁾. Así, la eliminación del concepto de norma es imposible ya sobre la base de los supuestos de la teoría egológica, dejando aquí de lado la cuestión de cómo se ve sobre la base de los supuestos del normativismo.

4. Kelsen también cuestiona el carácter “ego-lógico” de la teoría de Cossio, que se apoya en su afirmación básica, tomada del existencialismo de Heidegger, de que la conducta humana no puede separarse del sujeto actuante, el ego. Sin embargo, se habla del ego cuando uno se trata a sí mismo como sujeto del conocimiento, cuando uno aprende sobre sus propias experiencias, no sobre su comportamiento. La ciencia jurídica, en cambio, no investiga las propias experiencias sino otro objeto que no puede ser conocido por la autoobservación. La teoría egológica utiliza así erróneamente el término ego, aunque efectivamente su punto de partida es “la autoobservación

(65) *ibíd.*, p. 464. Preguntándose cómo habrá llegado Cossio a “tan absurdas afirmaciones”, es decir, a “la conducta como interferencia intersubjetiva”, Kelsen concluye que esta “conducta común” solo tendría algún sentido si el tercero fuera un órgano del Estado que interfiere o no interfiere en la conducta legislando normas jurídicas (*ibíd.*, p. 465). Nótese que en la teoría psicológica del derecho de Petrazycki nos encontramos también con la construcción de una relación jurídica *facere-pati* (por ejemplo, la propiedad), que implica como parte obligada a todas las personas. Véase, por ejemplo, PETRAZYCKI, L., *O pobudkach postepowania*, Varsovia, s. f., p. 45; LANDE, J., *Nauka o normie prawnej*, Lublin, 1956, ps. 48-52; OPALEK, K., *Prawo podmiotowe*, Varsovia, 1957, ps. 419 y ss.

(66) KELSEN, H., “*Reine Rechtslehre (...)*”, *ibíd.*, ps. 461-462.

(67) *ibíd.*, p. 467.

de la autoconciencia del teórico, que en este sentido y solo en este sentido es un verdadero ego-logo” (68).

La crítica trascendental a la que Kelsen somete la teoría egológica, se reduce a: 1) encontrar una divergencia fundamental de posiciones; 2) la incompatibilidad del concepto egológico con la visión común y corriente del derecho.

1. Acertadamente, Kelsen escribe que “el momento decisivo en el contraste entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica es la negación del carácter normativo del derecho, el intento de definir el derecho sin referencia a la norma” (69). De hecho, este es el punto nodal; y desde este punto de vista se oponen a la posición normativista todas las concepciones del derecho como “relación social”, siendo el término, según Kelsen, “simplemente una expresión menos pretenciosa para la ‘interferencia intersubjetiva’” (70).

2. La teoría egológica, como cualquier teoría, puede dar a cada expresión el significado que quiera, pero hay que admitir que da a la palabra “derecho” un significado distinto al comúnmente aceptado en la ciencia jurídica, porque mezcla la conducta, en tanto objeto de regulación jurídica, con el objeto de estudio de la ciencia del derecho, que es la norma jurídica (71).

La polémica entre la teoría egológica y el normativismo en cuanto a la definición del derecho se reduce a la oposición de dos posiciones: una de ellas se justifica principalmente por referencia a la posición filosófica y metodológica adoptada (Cossio); la otra, por referencia a las opiniones más extendidas sobre el carácter normativo del derecho (Kelsen). Es difícil no concederle la razón a Kelsen cuando señala que las opiniones más difundidas son contrarias a las afirmaciones de Cossio. Esto no es, obviamente, un argumento absoluto; pero es suficiente para Kelsen en su polémica en la medida en que no necesita ahondar en cuestiones de presupuestos filosóficos, ya que independientemente de ellos tiene el apoyo de las “intuiciones” corrientes detrás de él (¡no en el sentido de la fenomenología, sino también en el sentido común y corriente!).

Por supuesto, reconocer que el derecho es un determinado conjunto de normas no determina todavía cómo se captan estas normas. En el normativismo, una norma es una cierta construcción de una regla del comportamiento, construida sobre la base de normas jurídicas imperativas, y expresada en ella la relación de obligación y derecho no se justifica en realidad

(68) *ibíd.*, p. 462.

(69) *ibíd.*, p. 471.

(70) *ibíd.*, p. 470. Kelsen sitúa a Cossio junto a los representantes de la teoría jurídica sociológica (Stuczka, Paszukanis), aunque Cossio se opone claramente al método sociológico de la teoría jurídica. Cfr. COSSIO, C., *Teoría de la verdad (...)*, *ibíd.*, p. 30; *ibíd.*: “Jurisprudence and the Sociology (...);” *passim*.

(71) KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, ps. 466-467, 470.

(aparte de su propia construcción) por nada. La escuela egológica trata de explicar esto por la naturaleza de la conducta (interferencia intersubjetiva), que solo proyecta su “bilateralidad” (*Alterität*) sobre la norma. Añadamos que en la teoría de Petrazycki, esta bilateralidad de la norma no es tratada como un reflejo de la conducta, sino como un producto de una experiencia bilateral, una emoción imperativo-atributiva ⁽⁷²⁾. En estas tres construcciones no se cuestiona cierta bilateralidad de la norma, sino que se justifica de forma diferente: por la propia construcción (normativismo), por la estructura del comportamiento (teoría egológica), por la estructura de la experiencia (psicologismo de Petrazycki).

IV

La siguiente cuestión nodal de la polémica entre el normativismo y la teoría egológica es el asunto de la distinción entre la norma y la proposición normativa. La falta de una distinción suficientemente precisa entre una norma y una proposición normativa (más ampliamente, enunciados sobre la norma) es una de las razones de los malentendidos acumulados en torno al problema de la normatividad de la teoría del derecho ⁽⁷³⁾. Kelsen, que no había advertido inicialmente esta cuestión, recién en su última exposición completa sobre la teoría pura del derecho distinguió claramente la norma y la proposición normativa ⁽⁷⁴⁾.

Según Kelsen, la norma constituye una determinada regla de comportamiento que es un esquema de significado de ese comportamiento. Las normas son establecidas por el legislador, mientras que los enunciados sobre la norma son pronunciados por la ciencia del derecho. El juez, teniendo en cuenta la relatividad de la oposición entre la creación del derecho y su aplicación, establece una norma individual al tiempo que aplica una norma general. Actúa como creador normativo en la medida en que sus declaraciones (por ejemplo, una sentencia) tienen fuerza legal, por lo que el denominado “conocimiento judicial” no consiste solo en establecer una norma. En este contexto la tesis kantiana de que el sujeto de conocimiento crea el objeto del mismo por medio de un método particular, tiene solo un sentido figurado y de ninguna manera significa que un jurista, al conocer el derecho, crea normas jurídicas ⁽⁷⁵⁾. Cossio niega la distinción entre la norma y la

(72) Cfr. por ejemplo, PETRAZYCKI, L., *Tieorija prava i gosudarstva w swiazi z tieoriej nrawstwienosti*, Petersburgo, 1910, vol. 2, ps. 319-321.

(73) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., “Jezyk prawny a teoria dogmatyki prawa”, en *Panstwo i Prawo*, nro. 1, 1958, ps. 58-61; del mismo: *Krytyka (...)*, *ibíd.*, ps. 57 y ss.

(74) Cfr. KELSEN, H., *General Theory (...)*, *ibíd.*, ps. 45, 161. WRÓBLEWSKI, J., *Krytyka (...)*, *ibíd.*, ps. 59 y ss.; COSSIO, C., “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, p. 46. Comentario autocrítico de KELSEN, H., “*Reine Rechtslehre (...)*”, *ibíd.*, p. 472.

(75) Kelsen expresa los puntos de vista citados en el texto en un resumen muy breve, *ibíd.*, ps. 473-475. Cfr. también su *General Theory (...)*, *ibíd.*, ps. 30, 35 y ss., 45, 132 y ss., 164.

proposición normativa al tratarla como un medio de conocimiento, análogo al concepto y al juicio en el ámbito de la lógica del ser. Con la ayuda de las normas aprendemos sobre el comportamiento, que es el derecho. Por lo tanto, las normas pueden ser verdaderas o falsas, entre otras cosas dependiendo de la ocurrencia del comportamiento correspondiente. La norma describe la libertad manifestada por el comportamiento en la “interferencia intersubjetiva”⁽⁷⁶⁾.

Dado que el comportamiento se conoce a través de normas, no hay diferencia entre el pensamiento de un juez y el de un jurista. En ambos casos se trata de normas y de conocimiento, siendo que el conocimiento del juez es en cierto sentido más apropiado: “el juez es el canon del sujeto cognoscente”. La posición del juez suele ser más acertada que la del jurista, ya que el proceso de conocimiento judicial contiene una serie de momentos emocional-valorativos en los que el jurista, al estar prácticamente al margen de la decisión, no puede participar. Sin embargo, también el jurista, queriendo conocer el derecho, debe erigirse en juez. El conocimiento jurídico es, pues, el conocimiento de un “protagonista” y no el de un observador, como ocurre, por ejemplo, en el conocimiento de los fenómenos naturales⁽⁷⁷⁾. La naturaleza cognoscitiva de la valoración lleva a Kelsen a sospechar tendencias iusnaturalistas en la teoría egológica, ya que es en tales teorías donde se supone que el legislador descubre una ley de la naturaleza existente independientemente⁽⁷⁸⁾. Es incomprensible afirmar que la norma describe la libertad y las consecuencias a las que debe conducir la falta de distinción entre establecer normas y describir normas son tales, que no pueden ser aceptadas ni siquiera por “una fantasía alada por la fenomenología existencial (...)”⁽⁷⁹⁾.

En su polémica con Kelsen, Cossio subraya que si la ciencia jurídica se limitara a la emisión de opiniones sobre normas constituiría una “ciencia irrisoria”⁽⁸⁰⁾ y que Kelsen se basa aquí en premisas arbitrarias que no son, por cierto, en absoluto coherentes con la metodología kantiana que asumió⁽⁸¹⁾. Se supone que la distinción entre norma y proposición normativa conduce a una “duplicación” errónea (*Verdoppelung*) del concepto lógico de

(76) COSSIO, C., “Egologische Theorie”, *ibíd.*, ps. 46, 48, 54; *ibíd.*: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 217, 219, 222 y ss.; *ibíd.*: Teoría de la verdad (...), ps. 193 y ss., 209 y ss., sobre los diferentes tipos de veracidad de una norma.

(77) *ibíd.*, ps. 200 y ss.; *ibíd.*: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 221 y Cfr. 218.

(78) KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, p. 473. Esta objeción no es acertada en este contexto, pero la relación entre la teoría egológica y el derecho natural es bastante complicada, ya que Cossio, por un lado, critica convincentemente las versiones clásicas del iusnaturalismo y, por otro, acepta la existencia de un derecho subjetivo que, sin fundamento positivo, se deriva del hecho existencial de la vida, es decir, “el derecho de pensar libremente en la intimidad” (COSSIO, C., Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, p. 165, 166, y ss., Cfr. 153 y ss.).

(79) KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, p. 480.

(80) COSSIO, C., “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, p. 231.

(81) *ibíd.*, ps. 214-215.

imputación, al cual debe llegar al distinguir entre la norma y la proposición normativa si aparece tanto en la norma como en el enunciado sobre ella; y si solo se diera en uno de estos dos enunciados, o bien es rechazado por el propio Kelsen (si *Sollen* estuviera solo en la norma) o bien lleva a una contradicción con el supuesto carácter cognoscitivo de la ciencia jurídica (si *Sollen* estuviera solo en la proposición normativa ⁽⁸²⁾.

En esta polémica, en la que se enfrentan dos puntos de vista opuestos, hay que distinguir tres cuestiones: 1) la cuestión del análisis lógico del lenguaje; 2) la distinción entre el proceso de constitución y de conocimiento; 3) la posición del juez en el proceso de aplicación del derecho.

1) Desde el punto de vista del análisis lógico del lenguaje es necesario diferenciar entre las normas y los enunciados sobre las normas, y en un grado incluso superior al que encontramos en la obra de Kelsen. Si tratamos las normas como términos del lenguaje de primer grado, los enunciados sobre las normas serán los términos del lenguaje de segundo grado y, en consecuencia, tendrán un carácter lógico diferente. Hay que añadir que los enunciados sobre normas no solo son oraciones sobre las normas (a las que se limita Kelsen en sus consideraciones), sino que también pueden ser normas sobre las normas, con la posibilidad de crear enunciados de niveles aún más altos, si, por ejemplo, practicáramos la ciencia de alguna rama del derecho (por ejemplo, la teoría del derecho entendida como la ciencia de las normas del derecho vigente). Desde este punto de vista, la distinción entre normas y enunciados sobre normas es esencial y puede llevarse a cabo independientemente de los supuestos filosóficos o metodológicos de las distintas teorías del derecho ⁽⁸³⁾.

2) La distinción entre el proceso de elaboración de normas y el conocimiento de ellas se basa en los supuestos básicos de la teoría del conocimiento y en la visión aceptada de la naturaleza de las normas jurídicas. Desde nuestra posición, la distinción entre la elaboración normativa y el conocimiento, es necesaria tanto para la correcta exposición de la actividad legislativa como para captar la cuestión de la aplicación del derecho y la jurisprudencia. El proceso normativo debe basarse, en la máxima medida, en el conocimiento de las regularidades objetivas que se dan en la sociedad y en la psicología del individuo, que es uno de los supuestos necesarios de la política racional del derecho, pero la norma establecida es siempre expresión de una determinada valoración de la realidad existente y un medio de influir en ella mediante la determinación del comportamiento de los des-

(82) *ibíd.*, ps. 214 y ss.

(83) Cfr. STUDNICKI, F., "O dogmatyce prawa", en *Panstwo i Prawo*, nro. 7-8, 1957, ps. 114-116; WRÓBLEWSKI, J., "Język prawny a teoria dogmatyki prawa", en *Panstwo i Prawo*, nro. 1, 1958, ps. 58 y ss. Según parece, con base en la interpretación de la lógica fenomenológica adoptada por Cossio, tal posición es defectuosa; sin embargo, hay que subrayar que la posición de tal lógica se encuentra más bien muy poco representada hoy en día.

tinarios de las normas jurídicas. Por lo tanto, la norma no puede ser verdadera o falsa, aunque pueda ser eficaz o ineficaz, justa o no, etc.; la norma es una indicación del comportamiento necesario, no una descripción del comportamiento existente o previsto ⁽⁸⁴⁾.

Una visión diferente de la divergencia entre la elaboración y el conocimiento puede combinarse con los conceptos del clásico iusnaturalismo, según los cuales el legislador descubre normas justas, vinculantes (o existentes) independientemente de los actos de seres humanos, o, más ampliamente, pueden estar asociados a cualquier forma de objetividad axiológica (valores). La posición de la teoría egológica no puede clasificarse aquí fácilmente. El concepto de libertad no es el único elemento que acerca la teoría de Cossio al derecho natural ⁽⁸⁵⁾. Los conceptos existenciales de libertad, combinados con el enfoque derivado de la filosofía de la cultura que considera el conocimiento de los fenómenos sociales como una “comprensión” indisolublemente ligada a la valoración, que en el conocimiento jurídico debe tener el carácter de emocional ⁽⁸⁶⁾, llevan a disolver la diferencia entre el conocimiento (término en el sentido lógico) y la valoración (juicios y normas), y además los términos verdadero/falso se utilizan en un sentido diferente al aceptado hasta ahora, no solo en la teoría normativista del derecho.

3) El papel del juez en el proceso de aplicación del derecho es un aspecto importante tanto en el normativismo, que afirma la relatividad de la oposición entre aplicación y creación del derecho ⁽⁸⁷⁾, como en la teoría egológica que, refiriéndose al pensamiento moderno del funcionalismo americano, trata la posición del juez como un punto de vista inherente a toda la ciencia jurídica ⁽⁸⁸⁾.

Sobre la cuestión de la decisión judicial también existe un malentendido, consistente en que sus actividades no están suficientemente analizadas. El juez, al emitir una resolución vinculante, constituye una “norma individual” (para utilizar la terminología adoptada por el normativismo) pero, para esta decisión “siempre que se base” en el derecho aplicable debe determinar el significado de la norma jurídica, a menudo basándose en la valoración indicada por sus directivas interpretativas, debe establecer la relación entre la hipótesis de la norma según el criterio de su elección y los hechos

(84) Cfr. OPALEK, K., y WRÓBLEWSKI, J., “Niekótre zagadnienia teorii panstwa i prawa w swietle pracy J. Stalina, Ekonomiczne problemy socjalizmu w ZSRR”, en *Panstwo i Prawo*, nro. 7, 1953, ps. 31-41.

(85) Sobre la libertad en la teoría egológica Cfr. COSSIO, C., “Phenomenology of the Decision”, *ibíd.*, ps. 348 y ss.; del mismo: “Egologische Theorie (...)”, *ibíd.*, ps. 19, 54; del mismo: “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, ps. 202 y ss.; KELSEN, H., “Reine Rechtslehre (...)”, *ibíd.*, ps. 455 y Cfr. nota 77.

(86) Cfr. COSSIO, C., Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, ps. 119, 193, 198 y ss., 203; del mismo: “Norm (...)”, *ibíd.*, ps. 364 y ss.; Cfr. también nota 75.

(87) Cfr. por ej. KELSEN, H., *General Theory (...)*, *ibíd.*, ps. 132 y ss., 144 y ss.

(88) COSSIO, C., Teoría de la verdad (...), *ibíd.*, ps. 200 y ss., 11 y ss.; del mismo: “Phenomenology of the Decision”, *ibíd.*, ps. 32 y ss.

(lo que requiere conocer determinados hechos jurídicos sobre la base de las reglas de prueba, y a menudo hacer ciertas valoraciones) y además determinar los efectos jurídicos de un hecho que consideró cierto, lo que implicará una comprensión de la norma aplicada y la decisión tomada, en la medida en que dicha norma deje cierta libertad de elección. En esta compleja situación, por regla general, se entremezclarán los momentos cognitivos y los valorativos, pero la proporción entre ellos depende de la naturaleza de la norma aplicada y de la posición del juez como intérprete y como órgano de aplicación del derecho. La fuerza vinculante de la decisión del juez, en cambio, es una cuestión diferente que puede o no estar relacionada con la veracidad de sus conclusiones cognitivas fácticas o con la legitimidad de las valoraciones realizadas. Precisamente por esta fuerza vinculante de la sentencia, la posición del juez que aplica el derecho será diferente a la del jurista, aunque los procesos psicológicos o lógicos para ellos puedan ser similares en ambos casos.

La polémica entre Cossio y Kelsen, al menos en lo que respecta a la declaración de este último, ha terminado. Pero se trata de un “acontecimiento intelectual de primer rango”⁽⁸⁹⁾, porque en la disputa entre los creadores de dos teorías diferentes, chocaron puntos de vista opuestos sobre una serie de cuestiones fundamentales que no solo han inquietado e inquietan a la teoría egológica y al normativismo.

(89) COSSIO, C., “Die Anti-Egologische Polemik”, *ibíd.*, p. 231.

LA LÓGICA DEÓNTICA EN KELSEN Y COSSIO (LA NORMA Y EL IMPERATIVO) (*)

Por Antônio Luís Machado Neto

Und was ist im Grunde die Reine Rechtslehre, die nicht is eine Rechtslogik sein will (Kelsen gegen Cossio) und eine objektive, exakte Jurisprudenz nicht sein kann?

Otto Brusiin

La teoría pura del derecho representa la reacción del mundo jurídico contra la anarquía teórica y la mala conciencia científica del jurista en el mundo del positivismo en el momento en que la visión sociologista de la ciencia del derecho había logrado brillantes conquistas en muchos centros científicos de Europa y América.

En este terreno, todos los teorizadores y prácticos del derecho han contraído para con la teoría pura y su genial creador, una deuda extraordinaria. Esta teoría representa verdaderamente la tentativa más auténtica y más lograda de fundar la autonomía de la ciencia jurídica, después de que la dominación cultural del positivismo filosófico había reducido la jurisprudencia a *ancilla sociologiae*.

Si el jurista posee hoy los elementos teóricos que le permiten plantear de una manera autónoma el problema epistemológico del derecho, ello se debe a una contribución definitiva de la teoría pura y a su descubrimiento de la imputación y, por lo tanto, de la lógica especial del deber ser o lógica deóntica.

La teoría pura recibe su fuerza del descubrimiento del verdadero método de trabajo del jurista, en oposición a la concepción de una ciencia jurídica que borra y anula todo el pasado ilustre de la jurisprudencia. Este es el *eureka* kelseniano: la búsqueda de una solución específica y el respeto por la dignidad científica del procedimiento especial del jurista, aunque este procedimiento esté sometido al sutil refinamiento de una lógica rigurosa. Todo

(*) Publicado en *Cuyo. Anuario de Filosofía Argentina y Americana*, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Filosofía Argentina y Americana, vol. 5, primera época, 1969, ps. 35-45. Traducción del francés por Norma Fóscolo.

esto demuestra que el jurista de hoy, liberado de sociologismo, encuentra en la teoría pura su *hábitat* teórico particular, y que toda reformulación que se pudiera hacer, desde entonces, de la teoría jurídica, debe contar con Kelsen y la teoría pura. Es que el kelsenianismo constituye el verdadero “huevo de Colón” de la teoría jurídica.

I. EL VACÍO ONTOLÓGICO

Todas estas cualidades reunidas no significan de ningún modo que la teoría pura sea la última palabra de la filosofía jurídica, a la que sería imposible hacer objeciones justas y válidas como, por ejemplo, la crítica a su insuficiencia —casi ausencia— de ontología jurídica. En efecto, la ontología kelseniana es enteramente “pre-temática”, y esto hasta un grado tal que se puede, con justicia, hablar de un vacío ontológico. A propósito de esto siempre ha parecido suficiente a Kelsen una pura actitud metodológica, lo que se encuentra muy de acuerdo con su filiación neokantiana, a la que debe él pagar un pesado tributo.

Ligado a la concepción lógica de la ciencia, tan cara al neokantismo, y según la cual la actitud metodológica crea y constituye el objeto científico, Kelsen decreta que el derecho es norma y nada más que pura norma y, partiendo de tales premisas, jamás le ha parecido necesario tentar, al menos, de probar esta afirmación.

A propósito de este problema siempre le ha bastado la posición metodológica constitutiva del objeto —sus dos famosas depuraciones. De ese farrago amorfo que habitualmente llamamos derecho, Kelsen decanta los elementos incompatibles con su metodología fundada sobre la lógica del *deber ser* (imputación) y al residuo —la norma— le confiere el privilegio de la condición jurídica.

Si se podía calificar la metodología de la *Allgemeine Rechtslehre* como ingenuidad epistemológica, del momento que ella desconoce una ontología implícita (lo que evitaba a sus teorizadores un complejo extravío en el mundo de hechos y de realidades extrajurídicas que la ausencia de una ontología jurídica como criterio de selección debería implicar en su recolección de datos), se podría decir de la perspectiva kelseniana que ella también presupone una ontología vulgar —el farrago de valor, hecho y norma sobre el que va a ejercer sus dos depuraciones— de la cual va a extraer, fiel al principio neokantiano del primado del método, por una especie de decreto metodológico, una ontología insuficiente que reducirá al derecho a poco más o menos de un tercio de su realidad total.

Aunque evite el tema de la concepción del ser (Ontología) del derecho, Kelsen, a falta de una rigurosa teoría de los objetos, ha debido aceptar como el lugar del universo en el cual se sitúa el derecho, el farrago de hechos, va-

lores y normas que, de una manera “impura”, la jurisprudencia tradicional llama “la realidad jurídica”. Él acepta, de este modo, el hecho de que aquí está situado el derecho. Solo que está combinado de una manera confusa con realidades empíricas y evaluaciones (hechos y valores) extrajurídicos, como al diamante en su estado natural se lo halla siempre asociado con toda suerte de impurezas. Era cuestión, entonces, de liberar lo jurídico puro mediante un proceso de depuración. Esta es su empresa teórica.

Pero ¿quién garantiza al gran Kelsen que el resultado de su depuración sea el propio derecho o que se lo halle todo entero en su plenitud esencial, sin que nada le sobre o le falte? ¿He aquí la gran cuestión ontológica que la teoría pura escamotea por su actitud metodológica! Allí donde era necesario ver y otorgar, el kelsenianismo ha decretado constituyendo, por definición, lo que sería necesario verificar a partir de las intuiciones sensibles que los hechos nos permiten.

Esta carencia de ontología jurídica es el talón de Aquiles de la teoría pura.

Se podría preguntar ¿por qué Kelsen se ha limitado a sus dos famosas depuraciones, y no ha intentado igualmente depurar el derecho del peso, del color, de lo sobrenatural, de la temperatura, de la latitud, de la dimensión, etc.? Y es que una ontología subrepticia le había garantizado anticipadamente que el mundo humano o cultural —y no el mundo físico o el mundo metafísico— era el lugar de lo jurídico. No obstante, todo aquello no está justificado en su teoría, sino que aparece como una pura manifestación del sentido común, y nada más, es decir, un conocimiento vulgar.

Y es entonces cuando observamos este vacío de la ontología fundamental, esta ausencia de una teoría de los objetos que le dijera, con el sostén de la intuición sensible, dónde se encuentra el derecho, y que hace que repentinamente Kelsen cojee gravemente y tropiece, a veces, con la evidencia del carácter cultural del derecho, que se coloca, ahora, en un mundo humano y no en el mundo ideal y vacío de todo ser real del puro *deber - ser* lógico. Es que la intuición de lo cultural lo arrastra, al mismo tiempo que su coherencia sistemática lo detiene en el puro geometrismo de las puras formas lógicas.

Es lo que sucede, por ejemplo, en ocasión de sus conferencias de Buenos Aires en 1949, en las que hace el elogio del principio ontológico descubierto por Cossio, en tanto que a continuación se fija en el aspecto lógico de este mismo principio el que, por el contrario, comprendido en su profundidad ontológica, es la negación misma del normativismo kelseniano, en tal caso, solamente válido como pura lógica jurídica formal y no ya como teoría del derecho.

Volviendo a este tema durante el transcurso de la polémica, la geometría del sistema ha llevado la voz cantante, y Kelsen, para mantenerse kelseniano, ha debido afirmar la equivalencia de estos dos principios: “todo lo que no es prohibido es jurídicamente permitido”, y su conversión lógica: “todo lo que no es permitido es jurídicamente prohibido” ⁽¹⁾, no obstante la luminosa evidencia de la incompatibilidad de este segundo principio con la vida humana, extraño comportamiento que no puede comprenderse sino a la luz de otra extraordinaria afirmación que el gran Kelsen se vio forzado a hacer en esta polémica: es que “una conducta no puede ella misma conocerse ni pensarse como conocimiento, ni percibirse como un hecho” ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

No es sino a la luz de esta revelación que se puede comprender la conducta de Kelsen en la réplica que él ofrece a Cossio, en la que, airado, identifica la crítica científica con el ataque personal (cfr. la nota 3 del artículo citado en que él utiliza como expresiones sinónimas “escrito contra mi doctrina” y “artículo contra mí”) y —¡lo que es peor!— cita falsamente un texto de Cossio ⁽³⁾.

Es que seguramente el creador de la teoría pura se resiente por la ausencia de una ontología jurídica que no sea subrepticia o “pre-temática” en esta disputa con la teoría egológica, y esto es lo que le hace recurrir al uso de procedimientos tan poco estimables y a afirmaciones tan poco sostenibles.

Atraído por la crítica egológica, Kelsen ha tratado, como lo observa Werner Goldschmidt, de “incorporar de todas maneras las conductas a la esfera de acción del derecho” ⁽⁴⁾, al precio de la distinción entre estática y dinámica del derecho, la primera, que estudia un sistema de normas en reposo, y la segunda, una serie de conductas y normas reguladoras de estas conductas, mediante las cuales el derecho regla su propia creación. Con

(1) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica”, *Revista de Estudios Políticos*, nro. 71, Madrid, 1953, p. 9.

(2) *ibíd.*, p. 34.

(3) Esbozando las posibles expectativas provocadas por la visita de Kelsen a Buenos Aires, Cossio se refiere no solamente a los dos protagonistas, Kelsen y la teoría egológica, sino también a un tercer protagonista, es decir, el público, entre el cual podrían encontrarse tanto egológicos como anti-egológicos. Con respecto a este tercer protagonista, Cossio ha escrito: “De ahí que este tercer protagonista también tuviera que esperar algo de la visita de Kelsen: si se movía con simpatía egológica, entonces, además de la absorción de la Teoría Pura por la Teoría Ecológica, habría que esperar la conversión de Kelsen a la egología; en cambio, si se movía con antipatía egológica habría que esperar la fulminación o el aplastamiento de la Teoría Ecológica por parte del Maestro”. En KELSEN-COSSIO, *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho (Teoría Ecológica y Teoría Pura)*, Buenos Aires, Kraft, 1952, p. 104. Desnaturalizando completamente el modo como fue planteada la cuestión por su autor, Kelsen se toma la libertad de referirse a este texto en los siguientes términos: “El profesor Cossio dice que él ha esperado alguna de estas dos cosas: ‘O bien —nada más ni nada menos— que la absorción de la teoría pura del derecho por la teoría egológica’ e incluso ‘la conversión de Kelsen a la Elogía’ o bien ‘su fulminación, su aplastamiento’. Puesto que él me coloca en esta alternativa yo procuraré no defraudar sus esperanzas. Espero que las líneas que siguen no dejen ninguna duda a propósito del camino que he elegido”.

(4) GOLDSCHMIDT, W., *Conducta y Norma*, Buenos Aires, Abeledo, 1946, p. 38.

todo esto empero, él no ha logrado resolver, como el mismo Goldschmidt lo observa, el problema ontológico del derecho, sino solamente nos ha dado una insostenible solución ecléctica del problema ontológico. Es lo que nosotros observamos en sus conferencias de Buenos Aires y luego en la réplica de Cossio, en la que realiza un movimiento de retroceso a su posición racionalista tradicional, lo que es sin duda mucho más coherente, pero, por desgracia, no es ya suficiente.

Y no es ya suficiente debido precisamente a la condición de objeto cultural, cual es la del derecho, y a la situación de ciencia de objetos culturales, que es la de la ciencia jurídica. De lo que se deduce que la insuficiente ontología kelseniana repercutirá negativamente sobre su epistemología. Si el derecho es un ser irreal —la norma⁽⁵⁾—, ¿cómo explicar su historicidad? Si se sabe, por una verificación intuitiva que la ciencia jurídica es una ciencia social, ¿cómo comprender que ella sea una hermana de la geometría, ocupada en la tarea puramente lógica de sistematización de la estructura de esos seres irreales que son las normas?

II. IMPERATIVISMO, SÍ Y NO

¿Serán las normas verdaderamente, para Hans Kelsen, estas entidades irreales que hemos citado más arriba?

A decir verdad, la respuesta a esta cuestión no es fácil, en estos últimos tiempos. Antes de la publicación de la *General Theory of Law and State*, de sus conferencias en Buenos Aires, de las alteraciones, que hoy han sido hechas a la Teoría Pura del Derecho para la edición francesa, y de la polémica con la teoría egológica, la opinión de los entendidos era unánime respecto a este tema. Todos los teorizadores estaban de acuerdo en que Hans Kelsen era el heraldo del anti-imperativismo, es decir, de la doctrina que rehúsa la opinión corriente según la cual las normas son mandatos, órdenes o imperativos. Todos estaban de acuerdo en el hecho de que Hans Kelsen ha sido el primero, o, por lo menos, aquel que mejor ha defendido la tesis según la cual las normas son juicios hipotéticos y no órdenes.

La lista de sus comentadores que así lo sitúa sería interminable. Limitemonos a un solo caso ejemplar, y citemos la obra ya clásica de Legaz y Lacambra, publicada en 1933 y, por lo tanto, anterior a la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (que es de 1934), y que ha sido elaborada sobre la base de los *Haupt Probleme (...)* (1911), de la *Allgemeine Rechtslehre* (1925) y de otros escritos menores de Hans Kelsen.

(5) "La norma, como tal, no debe ser confundida con el acto por el cual ella es establecida; esta no está ni en el espacio, ni en el tiempo, porque no es un hecho natural", afirma Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, traducción argentina, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 33.

Por otra parte, no sería necesario recurrir a los comentaristas para encuadrar a Kelsen en una incontrovertible actitud anti-imperativa con respecto a la naturaleza de las normas. En su *Teoría General del Estado*, se encuentra la siguiente afirmación: “es inadmisibles sostener que las normas jurídicas, el derecho, constituyen un imperativo” ⁽⁶⁾. Y también: “el derecho, como ley jurídica, es decir la proposición jurídica, es un juicio hipotético” ⁽⁷⁾.

Sin embargo, después de la *Teoría General del Derecho y del Estado*, publicada en los Estados Unidos, Kelsen comenzó a hacer cada día mayores concesiones a la tesis imperativista. Allí, por ejemplo, se dice que la norma es un “imperativo, un mandato, empleando estas palabras en sentido figurado” ⁽⁸⁾. O aún: “El mandato impersonal y anónimo es precisamente la norma” ⁽⁹⁾. Y una vez más, la norma nos es presentada como “un mandato no psicológico”, o como “un mandato que no implica una voluntad en el sentido psicológico del término” ⁽¹⁰⁾.

Aquí es donde Kelsen establece con gran precisión su doctrina de la regla de derecho como un juicio hipotético mediante el cual el jurista describe la *norma de derecho* que el órgano prescribe.

No obstante, durante sus conferencias en Buenos Aires, Kelsen pretende negar que esta distinción sea una innovación de su doctrina al decir que: “la tesis que he sostenido en mi *Haupt Probleme (...)* según la cual la *Rechtssatz* no es un imperativo, sino un juicio hipotético, se refiere a la regla de derecho formulada por la ciencia del derecho y no a las normas jurídicas creadas por las autoridades jurídicas” ⁽¹¹⁾. Si bien no conocemos directamente los *Haupt Probleme (...)* podemos no obstante afirmar, basándonos sobre el gran número de citas del original alemán que se encuentran en Legaz y Lacambra, que esta afirmación no corresponde a la naturaleza de los hechos.

En *Haupt Probleme...* (p. 41), Kelsen se refiere a “die streng heteronome Natur des Rechtssatzes” ⁽¹²⁾, es decir, “a la naturaleza fuertemente heterónoma de la proposición jurídica”, lo que evidentemente no conviene al juicio científico, sino que se adapta como un guante a la prescripción del órgano jurídico.

Kelsen es aún más explícito en la página 312 del mismo *Haupt Probleme (...)* en que escribe: “Die wesentliche Funktion des Rechtssatzes besteht darin dass er eine Rechtspflicht statuiert. Kein Rechtssatz ohne Rechtsp-

(6) KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 70.

(7) *ibíd.*, p. 71.

(8) KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 46 (Las cursivas son de H. Kelsen).

(9) *ibíd.*, p. 37.

(10) *id.*, p. 36.

(11) KELSEN, en KELSEN-COSSIO, *Problemas escogidos (...)*, op. cit., p. 47.

(12) KELSEN, apud LEGAZ y LACAMBRA, L., *Kelsen*, Barcelona, Bosch, 1933, ps. 28-29, nota 11.

flicht”⁽¹³⁾, lo que quiere decir que del *Rechtssatz* proviene el deber jurídico (*Rechtspflicht*). Como se puede admitir que una proposición científica —en el caso hipotético del juicio del jurista— sea heterónoma, y menos todavía que ella tenga una naturaleza fuertemente heterónoma, ni, de ninguna manera, que ella estatuya el deber jurídico, no se puede sino concluir que, en los *Haupt Probleme (...)*, Kelsen no hacía todavía su distinción actual entre regla de derecho (en alemán, *Rechtsnorm*), como afirma en la conferencia de Buenos Aires.

Por otro lado, en la misma conferencia, Kelsen se excusa por un empleo inexacto y que no es suficientemente claro de esta distinción lo que, según su propio criterio, ha provocado malentendidos y muchas veces objeciones. Confiesa además que es la crítica egológica la que ha atraído su atención hacia la necesidad de esclarecer algunos puntos de su teoría, definiendo más precisamente la distinción entre las normas de derecho, creadas en el curso del proceso jurídico por las autoridades, y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica⁽¹⁴⁾.

En la réplica a Cossio, publicada en español por la *Revista de Estudios Políticos* (nro. 71, 1953) de Madrid, Kelsen intenta una vez más precisar la distinción que hace actualmente entre las normas de derecho y las reglas de derecho, señalando con respecto a este problema que los *Haupt Probleme (...)* habían sido publicados hacía más de cuarenta años, y explica que “la finalidad de esta crítica era la de demostrar que la proposición jurídica no es un imperativo, sino un juicio” (*R. E. P.*, nro. 71, 1953, p. 28) con lo que, a nuestro aviso, Kelsen no hace sino dejar una puerta abierta, si, en efecto, debe entenderse “proposición jurídica” como el juicio científico que el jurista hace a propósito del objeto de la ciencia, pues nadie podrá jamás admitir que un juicio científico sea un imperativo.

En el mismo texto, reconoce que, realmente, al principio él mismo no veía la diferencia entre norma y regla de derecho. “Reconozco, sin embargo, y lo he hecho luego de algún tiempo, que al principio no había visto con toda claridad deseable la diferencia entre la norma de derecho y la proposición jurídica” (*ibíd.*).

Cosa que nos asombra, pues en tanto los mejores espíritus de la teoría jurídica atribuyen a Kelsen el hallazgo copernicano de haber sido el primero en negar a las normas el carácter imperativo —lo que constituye la concepción tolemaica, con respecto a este asunto— toda la elucubración kelseniana a propósito del mismo estaba destinada simplemente a convencerlo a él mismo de que el juicio científico no es imperativo, dejando así realmente

(13) KELSEN, apud LEGAZ y LACAMBRA, op. cit., p. 109, nota 115.

(14) Cfr. KELSEN, en KELSEN-COSSIO, *Problemas escogidos (...)*, op. cit., p. 44.

una puerta abierta al menos para todo el resto de los mortales... ¡Pero con qué terrible alboroto!

En cuanto a la regla del derecho, pues, en lo que concierne a la naturaleza de la norma, Kelsen persiste en los vacíos terminológicos, como “mandato o imperativo en sentido figurado”, “mandato no psicológico”, etc. (...). En efecto, tratándose de un mandato, se puede, o bien abstraer de él su aspecto psicológico, y entonces ya no es más que una proposición, un juicio; o bien extraer este aspecto esencial, y se obtiene un verdadero mandato, en sentido no figurado.

Con respecto a este tema, el argumento de Cossio nos parece concluyente. Cuando se pregunta dónde está el *deber ser* lógico, si en la norma o en la regla de derecho, coloca a la teoría pura en un auténtico callejón sin salida: “Si se encuentra entre las dos, entonces la duplicación es clara y un análisis correcto hará desaparecer la pretendida diferencia entre una y otra. Si se encuentra solamente en la norma y no en la regla de derecho, para conservar la idea de que la norma es el objeto derecho y que este objeto está constituido por un deber ser lógico, entonces la regla de derecho, como conocimiento jurídico, no presentará ninguna diferencia metodológica con el conocimiento psíquico. Y si se encuentra solamente en la regla de derecho, y no en la norma, entonces, al contrario, será erróneo decir que el ser del derecho como objeto, siendo la norma, consiste en un deber ser que se niega a la norma”⁽¹⁵⁾.

En nuestra opinión, toda esta problemática en la cual se ha extraviado la teoría pura como en una red de contradicciones, de avances y de retrocesos, de excusas, de reconocimientos y de imprecisiones terminológicas —y esto por el hombre que ya ha pasado a la historia de la teoría jurídica como el campeón del rigor lógico y de la exactitud teórica, emana principalmente del vacío ontológico que ya hemos analizado en este artículo.

III. LA SOLUCIÓN EGOLÓGICA

Asediado por la crítica egológica, Kelsen, habiendo sostenido anteriormente que la norma es un juicio, debería responder a la cuestión que le planteaba la formulación egológica inspirada por Husserl, según la cual, si todo juicio dice algo a propósito de alguna cosa, el kelsenianismo deberá necesariamente responder a la cuestión egológica que se pregunta ¿sobre qué la norma, como juicio, dice algo? Este “algo” está implícito en la “pretemática” o subrepticia ontología kelseniana. Pero al revelarla, se daría razón a la primera alternativa de este *tercer protagonista* (nota 3) que el propio Kelsen había identificado con Cossio. En otros términos, habría devenir

(15) Cfr. COSSIO, en KELSEN-COSSIO, Problemas escogidos (...), op. cit., p. 144.

egológico, desde que el “algo” sobre el cual la norma, como un juicio, dice algo, es siempre la conducta humana; y, según la tesis ontológica fundamental de la teoría egológica, el derecho es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva; y la norma jurídica, como un juicio disyuntivo, es el *logos* capaz de conocer esta interferencia de conductas en la que consiste el derecho.

La consecuencia inmediata de esta concepción es que la teoría egológica considera la teoría pura, no ya como una teoría general del derecho, es decir, como una teoría global del derecho que abarque en toda su extensión y en toda la riqueza de la fenomenología de lo jurídico, sino como una teoría válida de la norma —al menos antes de sus distinciones presentes al sujeto de la norma y de la regla de derecho— y por lo tanto como la lógica jurídica formal.

Es verdad que asimilando en bloque la teoría pura tradicional como lógica jurídica formal, Cossio hace, sin embargo, algunas modificaciones como, para señalar solo lo principal, su formulación de la norma jurídica como un juicio disyuntivo, en oposición al Kelsen clásico, que la considera como un juicio hipotético.

He aquí, a nuestro juicio, una de las más brillantes contribuciones de Cossio a esta dimensión de la lógica deóntica que se llama lógica del derecho o lógica jurídica.

Cuando Cossio enseña que la formulación de la norma jurídica como un juicio o proposición disyuntiva nos permite conocer toda interferencia de conductas, en la cual el derecho consiste, utilizando solamente esta fórmula simple y elegante, nos ofrece no solo una conducta práctica para el uso de los juristas, sino también la forma universal de la dimensión jurídica de la lógica deóntica:

“Dado el hecho temporal normativamente previsto, *debe ser* la prestación por el sujeto obligado frente al sujeto facultado (endonorma) o, dado lo ilícito como no-prestación *debe ser* la sanción, por el funcionario obligado frente a la comunidad pretendiente (perinorma)”.

Aquí se aplica la lección de Husserl, según la cual toda lógica sobreentiende un objeto “en general”. El objeto en general de toda lógica deóntica es la conducta que, como vida humana viviente es un *deber ser* existencial que no puede ser conocido por un *deber ser* lógico —*la norma*. Si el derecho es la dimensión de la conducta que se vive como conducta participada —conducta en interferencia intersubjetiva— entonces la norma jurídica, como un *deber ser* lógico especial, debe presentarse como una proposición disyuntiva que divide las maneras de ser del derecho en: facultad, prestación, ilícito y sanción.

Así, la lógica jurídica formal se completa y acaba en una lógica jurídica trascendental, que estudia la manera por la cual la norma disyuntiva conoce la conducta participada, calificándola como facultad, prestación, ilícito o sanción.

Si se considera que la conducta intersubjetiva en la que el derecho consiste, es un objeto cultural de tipo egológico, y que todos los objetos culturales implican, como vida humana (*deber ser existencial*) lo que son, una valoración (*deber ser axiológico*), estaremos de acuerdo con Cossio sobre el punto de su doctrina (axiología jurídica pura) en que él se refiere a los valores jurídicos como *valores bilaterales de conducta*.

Así se completa el panorama de esta teoría jurídica que, como lo ha reconocido Jerzy Wróblewski, por su sola pretensión de abrazar la totalidad de la experiencia jurídica, constituye un fenómeno importante en la teoría jurídica contemporánea ⁽¹⁶⁾.

Pero, desgraciadamente, todos estos temas, por significativos que sean, están fuera de nuestro objetivo actual que se encuentra aquí limitado por el título de este trabajo, a las simples consideraciones lógicas, bien que se trate de una lógica que tiene como “objeto en general” la conducta, es decir, al hombre y que, por ello, no puede ignorar el mundo capital de los valores, pues “una conducta sin valor es simplemente imposible”.

(16) WRÓBLEWSKI, J., “Law and Liberty in the Egological Theory of Law”, *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Reprint form, vol. XVI, 1-2, 1966, p. 2.

TEORÍA PURA Y TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO

Por Luis Martínez Roldán (*)

Durante el verano de 1949 Kelsen fue invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a impartir un ciclo de conferencias, bajo el título general de “Problèmes Choises de la Théorie Puré du Droit” —las pronunció en francés— y en las que abordó tres temas de gran interés: 1. La Ciencia del Derecho como Ciencia Social normativa. 2. El Derecho como objeto de la Ciencia Normativa. 3. El Derecho como orden constructivo.

La presencia del profesor C. Cossio y el auge de su Teoría Egológica en la Universidad bonaerense van a propiciar que este hecho —que en circunstancias normales no hubiera tenido más historia— se convierta en una especie de espoleta que va a provocar un vehemente enfrentamiento entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Egológica, que yo me atrevería a decir que es más un enfrentamiento personal entre Kelsen y Cossio. Todo ello dio lugar a un intercambio de escritos en los que por una y otra parte se hacen auténticas descalificaciones doctrinales y sobre todo personales, al estar ambos autores más pendientes de rebatir o de ver una aceptación de sus principios en la tesis del contrario, que de comprender el pensamiento de aquel ⁽¹⁾.

(*) Ex catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Oviedo, España. Artículo publicado en Anuario de Filosofía del Derecho, tomo IV, Madrid, 1987, ps. 355-372.

(1) Carlos Cossio publica un artículo titulado “Teoría Egológica y Teoría Pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina” que apareció en la Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XII, nro. 45, enero-marzo 1950. Este mismo artículo fue publicado posteriormente en la Revista Austríaca de Derecho Público (Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht), vol. V, cuadernos 1-2, 1952. Más tarde el mismo Cossio publica un libro titulado Kelsen-Cossio: Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura, E. Kraft, Buenos Aires, 1952, en el que se recoge el artículo anteriormente mencionado del profesor Cossio más la traducción castellana —hecha por él— de las conferencias de Kelsen. Kelsen se sintió molesto por la aparición de este libro con su nombre unido al del profesor Cossio y en el que aparecía solo la traducción castellana de sus disertaciones y no el original francés, según él había convenido con la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Por ello pide a la editorial sea retirado dicho libro, y escribe un artículo bajo el título de “Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica. Respuesta al artículo de C. Cossio: Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, publicado en la Revista Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Bd. V, H. 4, Viena, 1953, artículo que Kelsen se encarga de divulgar enviándolo a E. García Máynez con el ruego de que lo traduzca y lo publique en México, lo que García Máynez hace en la Revista de la Facultad de Derecho de México, t. III, nro. 10, abril-junio 1953, ps. 169-205. En España también aparece traducido por L. Legaz y Lacambra en la Revista de Estudios Políticos, Madrid, septiembre-octubre 1953. También apareció en la Revista La Ley, Buenos Aires,

Efectivamente Cossio no desaprovecha esta oportunidad para poner a prueba y medir su Teoría Ecológica frente a la Teoría Pura, adquiriendo un relevante protagonismo. En sus escritos Cossio manifiesta que Kelsen había ido a Buenos Aires a “dialogar con la Teoría Ecológica”; que “en sus conversaciones privadas le había concedido bastante más que en sus disertaciones académicas”; y que la visita de Kelsen le había defraudado al no producirse ninguno de los efectos por él esperados, es decir, la “absorción de la Teoría Pura por la Teoría Ecológica” o incluso “la conversión de Kelsen a la Ecológica”, o en caso contrario, la “fulminante refutación de esta” ⁽²⁾.

Por su parte Kelsen, en su único artículo de contestación ⁽³⁾, y ante la tesitura que Cossio le sitúa, se inclina abiertamente por esta última opción, desautorizando de forma clara el pensamiento ecológico y manifestando que si esto no lo hizo antes fue por “razones de cortesía que, en mi carácter, dice Kelsen, de huésped de la Universidad bonaerense me creí obligado a tener en cuenta” ⁽⁴⁾. Kelsen termina su artículo diciendo: “De esta manera respondo, de una vez por todas, a la cuestión planteada por el profesor argentino sobre la relación de la Teoría Pura del Derecho con la Teoría Ecológica” ⁽⁵⁾.

Este enfrentamiento ha hecho que quienes se acercan al estudio de la Teoría Pura y de la Teoría Ecológica se sientan obligados de alguna forma a tomar partido, y a erigirse en jueces de esta controversia dando la razón a una de las dos partes en conflicto. Werner Goldschmidt, por ejemplo, en un trabajo en el que aborda este problema ⁽⁶⁾ llega a las siguientes conclusiones: 1ª. Que “Cossio está en lo cierto con respecto a Kelsen en todos los puntos controvertidos”. 2ª. Que “La Escuela Ecológica es en la actualidad el cuerpo de doctrinas iusfilosóficas más importante en el sentido de que ninguna otra corriente comprende con tanta completitud y tanta profundidad los problemas iusfilosóficos y las enseñanzas jurídicas y filosóficas”.

10/11/1953. Finalmente C. Cossio contesta en 1954 con un artículo titulado “La polémica anti-ecológica” y dedicándole más de 100 páginas en su obra principal *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, en concreto las ps. 356 a 456.

(2) Vid. KELSEN - COSSIO, *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*, E. Kraft, Buenos Aires, 1952, ps. 17, 18 y 31.

(3) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de C. Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, trad. de E. García Máñez, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, nro. 10, abril-junio 1953.

(4) KELSEN, H., *op. cit.*, p. 171.

(5) KELSEN, H., *op. cit.*, ps. 171 y 205 respectivamente. C. Cossio por su parte continúa la polémica y critica a Kelsen su negativa a contestar. Al hablar de la distinción kelseniana entre norma y regla dice: “En el primer comentario que de ellas hice ese mismo año, en la respuesta que dio Kelsen al mismo, y en mi respuesta a su respuesta que ha quedado sin contestación”; COSSIO, C., *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, *ed. cit.*, p. 402.

(6) GOLDSCHMIDT, W., “Cossio contra Kelsen (apostillas a Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura)”, en *Justicia y Verdad, La Ley*, Buenos Aires, 1972, ps. 406-436.

Sobre la base de todo ello entiende también Goldschmidt que el título correcto de un estudio sobre esta problemática sería “Teoría Egológica y Teoría Pura” —y no al revés como lo hemos hecho nosotros— ya que “en la controversia planteada, dice, Cossio actúa como actor y Kelsen como demandado” (7).

Dado que el enfrentamiento, a mi juicio y como he indicado, tiene más de personal que de doctrinal, no creo positivo entrar en él y menos tomar partido de forma absoluta, ya que correríamos el riesgo de dar un veredicto totalmente parcial y subjetivo como, sin duda alguna, pienso que le ha ocurrido a W. Goldschmidt. Creo mucho más positivo abordar los problemas desde el estudio de la Teoría Pura y de la Teoría Egológica —al margen de enfrentamientos inútiles—, pues ello nos llevará a resultados más objetivos y, tal vez, a descubrir más coincidencias que discrepancias entre ambas doctrinas, por mucho que le pese a Kelsen y a Cossio.

Esto es precisamente lo que pretendemos en este trabajo, centrándonos casi exclusivamente en dos temas: 1. La Ciencia Jurídica como Ciencia Normativa. 2. La delimitación ontológica del Derecho.

Ante todo, hay que reconocer que en la base de ambas concepciones del Derecho (Teoría Pura y Egológica) late una preocupación común y una intención también común de buscarle una solución. Se pretende hacer desaparecer esa duda que todo jurista alberga acerca de la científicidad de la ciencia jurídica y, en consecuencia, también del carácter científico de los resultados de la misma. Se pretende “dar al jurista una nueva conciencia de sí mismo a fin de que esa Ciencia Dogmática que sale de sus manos —y solo de las suyas— pueda ser tenida efectivamente por ciencia. Esa Ciencia Dogmática caída hoy, como ninguna otra, en crisis de fundamentos y en cuya científicidad nadie cree ya que quien primero la acusa es su propio desenvolvimiento histórico al llegar al presente con tan magros resultados como saber acumulativo después de un siglo y medio de sostenido esfuerzo con esa intención” (8). El lector a simple vista y sin más datos no sabría ni podría atribuir este texto a una de las dos concepciones, pues ambas podrían perfectamente suscribirlo. Si Cossio —autor del párrafo que acabamos de transcribir— nos dice que esa es la pretensión de la Teoría Egológica; Kelsen, por su parte, no cesa de manifestar —desde 1910 en que escribe *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* hasta su obra póstuma *La Teoría General de las Normas*— su gran preocupación por liberar a la Ciencia del Derecho del

(7) GOLDSCHMIDT, W., op. cit., p. 407.

(8) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. cit., ps. 30-31.

aislamiento y de las críticas a que venía siendo sometida, e insertarla como un miembro digno en el sistema de las demás ciencias ⁽⁹⁾.

Por otra parte, ni la Teoría Pura ni la Teoría Ecológica han podido prescindir de la categoría de lo “normativo” para distinguir la ciencia jurídica de las demás ciencias sociales; ni para delimitar, como luego veremos, la realidad del Derecho. En cuanto al carácter “normativo” de la ciencia jurídica, es algo que se ve claro en Kelsen, y así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, N. Bobbio ⁽¹⁰⁾. Pero también es cierto en el caso de Cossio quien nos llega a decir que “la afirmación de que la ciencia dogmática del Derecho es una ciencia normativa, es una de aquellas que gozan de firme predicamento no solo entre los juristas, sino también entre los filósofos que se han dedicado con especialidad a caracterizar las distintas modalidades del saber humano” ⁽¹¹⁾. Sin embargo, que “la jurisprudencia sea ciencia normativa quiere decir —siguiendo a N. Bobbio— dos cosas muy diferentes y no necesariamente conectadas: en un sentido débil quiere decir que la jurisprudencia tiene que ver con (o trata de) normas; en un sentido fuerte, que pone o propone o incluso impone normas. El equívoco nace, continúa N. Bobbio, del hecho de que la jurisprudencia, a diferencia, por ejemplo, de las demás ciencias sociales, puede ser llamada normativa en ambos sentidos” ⁽¹²⁾.

Es claro que Kelsen entiende a la jurisprudencia como *ciencia normativa* solamente en *sentido débil*, es decir, porque *conoce normas*; pero nunca porque *Cree o impone normas* —sentido fuerte—. Kelsen parte de un concepto de ciencia puramente descriptivo y avalorativo defendido, entre otros, por Max Weber cuyo propósito, en este sentido es “realizare la distinzione tra il conoscere e il valutare, cioè tra il compimento del dovere scientifico di vedere la verita dei fatti e il compimento del dovere pratico di difendere i propri ideali” ⁽¹³⁾. No hay nada más ajeno a la ciencia en Kelsen que el prescribir, valorar o crear su propio objeto. “La ciencia, dice, tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debiera ser o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos” ⁽¹⁴⁾. En consecuencia, vemos que la ciencia jurídica en Kelsen será normativa *por el objeto* —porque conoce normas—; también *por el método* —imputación

(9) Vid. KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der lehre von Rechtssätze*, Mohr, 2a. ed., Tübingen 1911, p. XXIII. También *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, 2ª. ed. UNAM. México, 1982, ps. 9 y ss., y *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, sobre todo el prólogo. Y finalmente la *Teoría Generale de le Norme*, trad. Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985, ps. 3 y ss.

(10) BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, Valencia, 1980, p. 202.

(11) COSSIO, C., *Teoría de la Verdad Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1954, p. 19.

(12) BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 202.

(13) WEBER, M., *Il Método delle scienze storico-sociali*, trad. di Pietro Rossi, Einaudi, Torino, p. 65.

(14) KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. VI.

frente a explicación—; pero nunca lo será *por la función* que no puede ser nunca normativa (prescriptiva), sino meramente descriptiva.

Para Carlos Cossio en principio, y según él, la ciencia jurídica sería normativa en un sentido aún más débil que el señalado por Kelsen. Cossio comparte plenamente el carácter meramente descriptivo y avalorativo de la ciencia. Para él, “la actitud científica es contemplativa y neutral respecto de los objetos que investiga y por tanto la ciencia suministrará conocimientos, pero nunca el objeto que conoce” ⁽¹⁵⁾. De acuerdo con esto, la ciencia jurídica no sería normativa ni por suministrar normas, ni siquiera por conocer normas, sino por conocer mediante normas la realidad del Derecho, que ya veremos en qué consiste, según Cossio.

Para el autor de la Teoría Egológica, en un primer momento se entiende que la ciencia jurídica es normativa por *suministrar* normas —postura mantenida desde la antigüedad, recogida y desarrollada posteriormente por Savigny—. En un segundo momento se entiende que es normativa por *conocer* normas —postura de la Escuela francesa de la Exégesis, del positivismo racionalista y que culmina con Kelsen—. En un tercer momento —y esta es, según él, la aportación de la Teoría Egológica— la ciencia jurídica será normativa porque *conoce mediante normas*. Para Cossio la jurisprudencia no sería normativa ni por el *objeto* —no son normas sino conductas—, ni por el *método* —comprensión frente a explicación—, ni por la *función* —meramente descriptiva—. Sería normativa solamente desde el punto de vista lógico-gnoseológico, es decir, por los medios lógico-gnoseológicos que utiliza para describir fielmente su objeto. En esto —además por supuesto de por el objeto— es en lo único que se diferencia de las demás ciencias, es decir, en las demás ciencias los medios lógico-gnoseológicos son juicios de ser (leyes de las ciencias), y en las ciencias jurídicas son juicios de deber ser (las normas). Pero ambas cumplen idéntica función enunciar y describir fielmente su objeto. La única razón por la que la ciencia jurídica tiene que utilizar para tal cometido juicios de deber ser y no de ser está en las peculiaridades del objeto a conocer que es *conducta en cuanto posibilidad, interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa*. Esta realidad tan compleja no puede ser enunciada en su integridad y reflejada fielmente mediante un juicio de ser, y habrá que acudir a un juicio disyuntivo de deber ser que en sus dos partes —que Cossio denomina Endonorma y Perinorma— miente todas las posibilidades en cuanto tales, en su interferencia alteral y valiosas o disvaliosas. Precisamente la auténtica dificultad de la ciencia jurídica, según C. Cossio, estriba en encontrar unos medios lógicos —conceptos o juicios—, distintos pero paralelos a aquellos con los que trabajan las ciencias

(15) COSSIO, C., Teoría de la Verdad Jurídica, ed. cit., p. 209. Véase también La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, ed. cit.

naturales, que sean capaces de captar y reproducir limpiamente y en toda su dimensión el objeto Derecho tal cual es.

En este punto parece que hay una clara diferencia entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica. La primera identifica Derecho con norma —con ordenamiento normativo—, no puede delimitar el Derecho sin acudir a la categoría de la norma, de lo normativo. La segunda parece no necesitar de dicha categoría para especificar el Derecho en cuanto objeto; sin embargo, tendremos ocasión de analizar más adelante hasta qué punto lo consigue.

Otro de los puntos que es común preocupación de ambas teorías, en orden a atribuir auténtica científicidad a la jurisprudencia, es el poder diferenciar en ella los medios lógico-gnoseológicos de los que se sirve para enunciar y conocer su objeto y el objeto de dicho conocimiento. Esto que está perfectamente claro en cualquier otra ciencia —nadie confunde, por ejemplo, las leyes de la Astronomía con los astros—, en la ciencia jurídica está sumamente confuso. No se sabe si las normas son los juicios mediante los cuales se expresa la realidad del Derecho, o si son el Derecho mismo, o si son ambas cosas a la vez. Si la norma es un juicio ¿cuál será el objeto mencionado?, y si la norma es el objeto ¿cuál es el juicio mediante el cual esta se menciona?

A estos problemas se enfrentan tanto Kelsen como Cossio y aparentemente Cossio ofrece una solución más diáfana, más clara, lo que no quiere decir que sea más correcta.

Vayamos primeramente con Kelsen en cuyo pensamiento advertimos que han sido precisamente los interrogantes que acabamos de reseñar los que le han llevado a que en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado* ⁽¹⁶⁾ establezca una distinción, fundamental en su pensamiento, entre *Norma Jurídica* y *Regla de Derecho*. Distinción que se mantiene hasta el final de su obra con la *Teoría General de las Normas* en la que ya no habla tanto de regla como de *proposición jurídica* o de *aserción*. Distinción que antes de la *Teoría General del Derecho y del Estado* no estaba nada clara en el pensamiento de Kelsen; y él mismo lo reconoce en su artículo de contestación al profesor Cossio: “Confieso, sin embargo, como lo reconocí hace ya mucho tiempo, que en un principio no vi con suficiente claridad la distinción entre norma y proposición jurídica” ⁽¹⁷⁾.

Posteriormente la distinción parece clara; para Kelsen la norma es la expresión del sentido de un acto de voluntad dirigido al hacer de otro. El *sentido subjetivo* de ese acto de voluntad ha de coincidir con el *sentido objetivo* expresado por un acto de voluntad superior cuyo sentido es también

(16) KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. cit., ps. 46 y ss.

(17) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: *Teoría Ecológica y Teoría Pura (...)*”, ed. cit., ps. 169-205 en concreto la p. 194.

una norma superior. En definitiva, se necesita, para que ese *sentido subjetivo* de voluntad sea norma válida, que proceda de la autoridad competente, que es la que crea Derecho prescribiendo e imperando y nunca describiendo⁽¹⁸⁾. Sentido el acto de voluntad del legislador —u órgano que cree el Derecho— que en consecuencia es imperativo y al que no tiene sentido aplicarle la categoría verdad-falsedad, sino que solamente será válido o inválido. Este imperativo es expresado por el legislador mediante la terminología más variada, utilizando en muchos casos expresiones de futuro —“será castigado”, “se le impondrá la pena de...”, etc.— para señalar la imputación de una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Esto es el Derecho en cuanto objeto: imperativa regulación de conductas, en definitiva, normas.

Sin embargo, la regla, proposición o aserción jurídica es, para Kelsen, el sentido de un acto de pensamiento, mediante la cual el científico —el jurista— pretende describir y conocer —por eso es verdadera o falsa y nunca válida o inválida— la realidad del Derecho que son normas, utilizando siempre la cópula deber ser que es la válida para expresar la relación de imputación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y no la cópula ser que expresa relación de causalidad.

Lo que Kelsen pretende —distinguir objeto de conocimiento y medios lógico-gnoseológicos— es perfectamente razonable, lo que ya es más discutible es el modo como él pretende conseguirlo, es decir, mediante la distinción entre norma y proposición, sobre todo teniendo en cuenta que también la norma puede —y es lo más normal— utilizar la cópula “deber ser”, en cuyo caso no se entiende por qué el deber ser de la norma tiene unas características completamente distintas al deber ser de la proposición. Lo que ha inclinado a Cossio a decir que es “una pueril e inútil reduplicación de la misma cosa”⁽¹⁹⁾. Sin embargo, como veremos más adelante, Cossio va a establecer distinciones muy parecidas, en concreto va a distinguir entre norma del jurista y norma del órgano que, a pesar de que Cossio crea lo contrario, es bastante similar.

Para Kelsen, pues, el Derecho ónticamente determinado está constituido por normas que forman el ordenamiento jurídico o, más precisamente, está constituido por el ordenamiento jurídico que está formado por normas, ya que para él no es el ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas, sino que solamente son normas jurídicas aquellas que integran o pertenecen a un ordenamiento jurídico. La juridicidad del ordenamiento no le deviene de las normas, sino al revés, es la juridicidad de las normas la que deviene del ordenamiento jurídico. *Solo partiendo del concepto de*

(18) KELSEN, H. en su *Teoria Generale delle Norme*, ed. cit., p. 52, dice: “L’asserzione é il senso di un atto di pensiero mentre la norma, come già osservato, é il senso di un atto di volontà rivolto intenzionalmente ad un certo comportamento umano”.

(19) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. cit., p. 402.

ordenamiento jurídico se puede explicar la juridicidad, la coactividad y la validez de las normas jurídicas.

La sensible y caótica experiencia jurídica —multiplicidad de normas generales e individuales— solo se convierte en un todo unitario, coherente y sistemático mediante la conceptualización de la ciencia, es decir, mediante el concepto o categoría de ordenamiento jurídico, cuya unidad reposa en esa ficción jurídica que es la Norma Fundamental, que sin tener nada de jurídica —al no ser sentido de acto de voluntad alguno— es el fundamento, la base y el criterio de unidad de todas las demás normas. Solo teniendo en cuenta esta necesaria conceptualización de la ciencia se puede entender que Kelsen diga que la ciencia jurídica produce su propio objeto. “Esta producción, dice Kelsen, tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción del Derecho por la autoridad jurídica”⁽²⁰⁾. Esta conceptualización del Derecho en cuanto ordenamiento jurídico permite explicar la juridicidad y, en consecuencia, la validez de las normas, incluso en aquellos casos en los que se trate de normas opuestas o contrarias —de igual o desigual rango—, aunque nunca contradictorias, pues en cuanto sentidos de actos de voluntad no están sometidas a los principios de la lógica, en concreto al principio de *no contradicción* y de *deducción*⁽²¹⁾. Esto nos enfrentaría con el problema de los “conflictos normativos” en Kelsen. Conflictos que se dan al existir dos normas válidas y opuestas, especie de dos fuerzas que accionan en sentido contrario sobre un mismo punto, y que en consecuencia no entrañan ninguna contradicción lógica. Si hubiese contradicción, como en el caso de las proposiciones, una de ellas sería anulada por la otra que al no ser válida no sería norma y, en consecuencia, no podría haber auténtico conflicto. El conflicto normativo no se resuelve, pues, por un principio lógico, sino por una tercera norma que en Kelsen es la *Norma Derogatoria*. ¿Cómo se explica la validez de una norma inferior en conflicto con la norma superior? Kelsen la explica mediante lo que él llama la “Regla Alternativa”, es decir, “la scienza giuridica deve formulare con la forma dell’alternativa la proposizione giuridica che descrive la norma generale che il tribunale deve applicare, e precisamente in modo che l’organo sia non solo autorizzato a disporre l’esecuzione di un atto coercitivo, previsto da una norma giuridica generale, bensì anche di un altro atto coercitivo che gli

(20) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., trad. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 85.

(21) KELSEN, H., “Derecho y Lógica”, Cuadernos de Crítica nro. 6, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1978. Véase también *Teoría Generale delle Norme*, ed. cit., ps. 306 y ss. Y “Derogation”, en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Prepared by the American Society for Legal History. Editor Ralph A. Newman. The Bobb’s Merrill Co., Indianapolis-New York, 1962, ps. 339-361.

sembra conforme; oppure essa deve stabilire in un certo caso l'esecuzione di un atto coercitivo anche se nessuna norma generale lo prevede" ⁽²²⁾.

El material jurídico que, según Kelsen, no se puede imaginar al margen de la categoría de lo "normativo", es conceptualizado por la ciencia jurídica y enunciado o descrito por medio de las proposiciones normativas.

Cossio, por el contrario, cree poder delimitar la realidad del Derecho prescindiendo de lo "normativo" y llevándolo al campo de las conductas. De esta forma la distinción entre objeto de conocimiento —conductas— y medios lógico-gnoseológicos —normas— le evita tener que acudir a esa "pueril e inútil reduplicación" que, según vimos, supone para él la distinción entre norma y regla de derecho. Cossio, para delimitar ónticamente el Derecho, arranca de la clásica distinción entre *realidades naturales* y *realidades culturales*. Distinción que él fundamenta en el hombre en cuanto que valora de alguna manera la naturaleza; de tal forma que la realidad natural por medio de esa infiltración de valores hecha por el hombre se transforma en bienes de la cultura o en realidades valiosas. Los objetos culturales no son, pues, mera porción de la naturaleza —lo que Cossio llama substrato—, sino que tiene algo diferente de esta —Cossio lo denomina sentido— y que, penetrado con la misma, trasluce toda la configuración sensible que tiene ese pedazo de naturaleza.

Hasta aquí, el pensamiento cossiano no aporta ninguna novedad respecto a la doctrina clásica, a no ser la pura cuestión terminológica de sustituir el término "valor", de Rickert o el de "espíritu objetivado", de Dilthey, por el de "sentido".

Sin embargo, y aquí comienza la aportación de Cossio, el substrato de los objetos culturales no tiene por qué ser siempre algo físico-natural, sino que basta con que esté siempre al alcance de alguna intuición sensible externa, pues como señala este autor, "desde Savigny el jurista sabe que el único y solo Derecho es el Derecho positivo, que es una tangible realidad social y que está en la experiencia humana al alcance de nosotros" ⁽²³⁾. Cuando el substrato no pertenece a un reino óntico distinto e independiente del sujeto que humaniza, sino que ese substrato forma parte del mismo ego, y no desde un punto de vista orgánico o biológico, sino desde un punto de vista metafísico —de su libertad de hacer—, estamos ante un objeto cultural egológico a cuya categoría pertenece el Derecho.

Efectivamente, la conducta puede ser captada mediante una *intuición sensible* en la pura actividad espacio-temporal, pero esta conducta sería una realidad natural y no egológica, que sería objeto de estudio, por ejemplo, de

(22) KELSEN, H., *Teoría Generale delle Norme*, ed. cit., p. 405.

(23) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. cit., p. 61.

la Sociología y no de la Ciencia del Derecho. En este sentido se muestra también contrario a todo sincretismo metodológico con la misma fuerza como lo hacía Kelsen. Pero en la conducta se intuye también la libertad, el poder hacer —Max Scheler señalaba que “somos tanto más libres cuanto mayor sea la cantidad de posibilidades entre las cuales podemos elegir”⁽²⁴⁾— con referencia irrenunciable a un ego, aunque para ello es necesario estar viendo allí, también y al mismo tiempo, lo que se omite. En esta interferencia intrasubjetiva se está fenomenalizando la conducta en cuanto libertad que en este caso —intrasubjetiva— sería una realidad moral y no jurídica⁽²⁵⁾.

Pero también intuimos la libertad en la conducta compartida. Si en el seno del yo la libertad consiste, como hemos visto, en poder *hacer* u *omitir*; en el seno del nosotros —existencia compartida— la libertad consiste en poder únicamente *hacer* e *impedir* o *hacer* y *permitir*. Esta conducta así interferida es un dato óptico que se capta por *la intuición* sin recurrir a ninguna norma. “No es culpa mía, dice Cossio, de que él —refiriéndose a Kelsen— padezca una ceguera para las ideas y esté privado de ver lo que cualquiera puede ver”⁽²⁶⁾.

Pero esta libertad interferida intersubjetivamente solamente se fenomenaliza al ser pensada, es decir, no existe nada más que en cuanto pensada, y por otra parte no puede pensarse más que de forma preferencial que es la única forma de vivir la conducta como un deber ser existencial y no como un ser. Este pensamiento preferencial, valorativo —positiva o negativamente— es el que, en cuanto *sentido*, se integra con el substrato egológico —conducta en cuanto posibilidad interferida intersubjetivamente— para formar la realidad del Derecho en cuanto *vida humana viviente* en contraposición a la *vida humana objetivada*, cuyo substrato sería una porción de la naturaleza —objetos culturales mundanales—.

Para Cossio, pues, el Derecho es vivencia preferencial de la conducta compartida y en cuanto libertad, es decir, en cuanto deber ser y no en cuanto ser. En definitiva, el Derecho es actividad en cuanto que es “vivencia” y en cuanto que es “vivencia de actividad”, sin tener en cuenta el producto de esa actividad, o por lo menos, diferenciando esa actividad —en cuanto realidad egológica— del producto de la misma en cuanto realidad cultural mundanal. Kelsen dice en este sentido que “la Teoría Ecológica, que desde un principio se ha aferrado a la tesis de que el Derecho es conducta humana, tiene que cerrar los ojos ante el hecho innegable de que el Derecho positivo es producto de un hacer humano orientado hacia la realización de valores”⁽²⁷⁾.

(24) SCHELER, M., *Metafísica de la Libertad*, Editorial Nova, Buenos Aires, 1960, p. 7.

(25) Vid. COSSIO, C., *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. cit., ps. 306 y ss.

(26) COSSIO, C., op. cit., p. 411.

(27) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura (...)”, ed. cit., p. 181.

Para Kelsen el Derecho sería el producto de esa vivencia preferencial de la conducta compartida, es decir, las normas en cuanto sentidos de actos de voluntad dirigidos al hacer de otros, con lo que esa realidad jurídica —en cuanto realidad normativa— no sería una realidad cultural egológica, sino mundanal. Por eso, Kelsen afirma que “entre el substrato perceptible del objeto mundanal, esto es, de un producto del hacer humano, como, por ejemplo, la estatua visible creada por el escultor, y el substrato perceptible del objeto egológico, es decir, la igualmente visible actividad del artista no hay en este aspecto ninguna diferencia. Y si el substrato perceptible del objeto mundanal es un ‘trozo de naturaleza’ (...) el substrato perceptible del objeto egológico, la actividad visible del hombre, tendrá que ser un trozo de naturaleza”⁽²⁸⁾.

Sin embargo, Cossio está totalmente convencido de la distinción entre la actividad, en cuanto realidad, y el producto de la misma, y en este sentido manifiesta que “la actividad del escultor, como objeto de conocimiento, es algo diverso e independiente de la estatua por él creada. La actividad del escultor tiene su substrato en el comportamiento ópticamente acaecido y tiene su sentido, que para el moralista será bondadoso o perverso y para el jurista será lícito o ilícito. Y la estatua tiene su substrato en el mármol de que está hecha y tiene su sentido en la belleza concreta que comprendemos en ella. Querer ligar —dice Cossio en clara alusión a Kelsen— ambos objetos y ambos conocimientos en un solo objeto y en un solo conocimiento es simplemente no hacerse cargo de lo que en la Teoría Egológica se dice”⁽²⁹⁾.

Insisto en que Cossio sitúa el Derecho en *la vivencia preferencial* de la conducta interferida, mientras que Kelsen lo sitúa en el sentido objetivado de esa vivencia preferencial (en Kelsen diríamos mejor “querencia preferencial”) que son las normas en cuanto criterios reguladores de esa conducta interferida intersubjetivamente. Cossio lo entiende como *vida humana viviente* y Kelsen como *vida humana objetivada* en unas normas. Pero, ¿no son estos dos aspectos necesarios y compatibles en la configuración del Derecho en cuanto realidad cultural?, ¿no son dos momentos necesarios de la configuración del Derecho?, ¿la norma no es la objetivación y expresión de esa vivencia preferencial del legislador respecto a conductas interferidas alteralmente?

Por otro lado, desde mi punto de vista, Cossio no es capaz de prescindir de la categoría de *lo normativo* para delimitar ópticamente el Derecho, ni de forma general, ni de forma concreta. Efectivamente, esa libertad interferida intersubjetivamente solamente se fenomenaliza al ser pensada y no puede pensarse más que preferencialmente, es decir, normativamente, que

(28) KELSEN, H., op. cit., p. 181.

(29) COSSIO, C., La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, ed. cit., ps. 415-416.

es la única forma, y así lo reconoce Cossio, de vivir la conducta como deber ser existencial y no como un ser. Este pensamiento preferencial, valorativo —positiva o negativamente— es el que, en cuanto sentido, se integra con el substrato egológico para formar la realidad del Derecho, luego es un elemento constitutivo de la realidad óptica del Derecho. Así es como hay que interpretar a Cossio cuando dice “que la norma resulta integrante del objeto del que ella misma hace mención” ⁽³⁰⁾. Pero para Cossio este pensamiento de sí misma en el plano intuitivo de la mismidad de la conducta, no es aún conocimiento, porque aparece como un componente de la propia conducta. Al pensar la conducta interferida intersubjetivamente no estamos más que dando lugar a una realidad cultural que más tarde podemos conocer y expresar mediante juicios o conceptos.

Por otra parte, esta delimitación óptica del Derecho es un Derecho en abstracto, pero no un Derecho en concreto, es decir, como facultad, entuerto o sanción, etc. Esta concreción, y así lo admite Cossio, tampoco se puede hacer al margen de la norma. Dice Cossio: “El ser del Derecho está en la conducta en interferencia intersubjetiva; y esto es un dato óptico que capta la intuición sin recurrir a ninguna norma. Pero el Derecho no existe así, a secas, siendo Derecho en bulto y nada más, de la misma manera que los vertebrados no existen a secas siendo vertebrados y nada más. El Derecho existe o como facultad o como prestación o como entuerto o como sanción que son sus modos de ser, de la misma manera que los vertebrados existen o como mamíferos o como aves o como reptiles o como batracios o como peces. *La norma juega un papel constitutivo del modo de ser, pero no del ser del Derecho*” ⁽³¹⁾.

La categoría de *lo normativo* creemos sin duda que juega un papel —en el pensamiento de Cossio— constitutivo tanto del modo de ser del Derecho como del ser del mismo, según intentamos demostrar un poco más arriba. Lo que sucede es que al hablar del ser constitutivo del Derecho Cossio está tomando la categoría de normativo en cuanto vivencia preferencial que todavía no es conocimiento, es decir, en cuanto actividad; mientras que cuando se refiere a lo normativo como elemento constitutivo del modo de ser del Derecho se está refiriendo a la norma en cuanto concreción conceptual y descriptiva del Derecho.

Además, el Derecho así entendido —conducta en cuanto libertad interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa— solamente puede ser descrito y enunciado mediante un juicio disyuntivo de deber ser. “El deber ser existencial como dato solo puede ser, dice Cossio, adecuadamente mentado por el deber ser lógico como concepto” ⁽³²⁾. La norma aparece como

(30) *ibíd.*, p. 234.

(31) *ibíd.*, ps. 411-412.

(32) *ibíd.*, p. 257.

medio lógico-gnoseológico que cumple un papel parecido a la proposición normativa en Kelsen —parecido porque Kelsen entiende que el objeto descrito son normas, mientras Cossio piensa que son conductas— y que, en consecuencia, puede ser verdadera o falsa, pero nunca válida o inválida, ni tampoco imperativa. Si utiliza la cópula deber ser es debido a las características del objeto que se pretende enunciar que no pueden reflejarse fielmente mediante la cópula ser. En este sentido Cossio sostiene que “el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo” (33).

La norma jurídica en cuanto medio lógico de conocimiento, según Cossio, será verdadera si mienta en toda su dimensión la realidad del Derecho. Su veracidad puede contemplarse en tres niveles: En el nivel esencial, en el nivel existencial y también en el nivel axiológico. En el nivel esencial será verdadera si efectivamente lo que mienta es conducta compartida; en el nivel existencial la veracidad dependerá del hecho de que esa conducta compartida exista; y en el nivel axiológico será verdadera si la conducta compartida es justa.

Esto es importante pues para mí pone de manifiesto la auténtica diferencia entre la concepción del Derecho de Kelsen y la de C. Cossio. La diferencia entre la Teoría Pura y la Teoría Egológica del Derecho no está tanto en que el objeto Derecho sean normas o conductas, pues entre “norma” y “vivencia preferencial de conductas”, aunque admitan distintos enfoques, sin embargo, es más lo que las une que lo que las separa. La verdadera diferencia está en el voluntarismo y en el irracionalismo axiológico que está detrás de esa vivencia preferencial en Kelsen, porque esa vivencia es “querer preferencial” totalmente desconexionado de toda instancia racional; frente al racionalismo y objetivismo axiológico que está detrás de la “vivencia preferencial” en Cossio. Esta diferencia que se dejará ver en todos los aspectos del Derecho, está claramente reflejada en la forma como cada uno de estos dos autores entiende el tema de la interpretación del Derecho.

La Teoría de la interpretación en C. Cossio se basa principalmente en la distinción entre “comprender” y “explicar”. Comprender en cuanto acto gnoseológico propio del conocimiento de las realidades culturales y explicar en cuanto acto gnoseológico propio de las realidades naturales. Una realidad natural se explica analizando cuáles son sus causas o cuáles son los elementos que la integran, pero en todo caso el sujeto cognoscente nunca entra a formar parte de esa misma realidad. Sin embargo, para comprender una realidad cultural, cuyo ser es ser un sentido, hay que vivenciar ese sentido y al vivenciarlo se le está poniendo, ya que no puede existir el sentido sin una conciencia que lo vivencie. En este aspecto el sujeto que comprende

(33) *ibid.*, p. 560.

algo está formando parte de esa realidad que pretende conocer; y aunque esa vivencia la hace el sujeto cognoscente desde su contexto ético, político, sociológico, etc., ello no quiere decir que pueda vivenciar cualquier tipo de sentido pues siempre estará limitado por la realidad material del substrato. Cossio dice “que cuando se toma el sentido desde el substrato, es la materialidad del substrato la que excluye múltiples posibilidades de sentido. El más eximio pianista, continúa Cossio, no puede hacernos oír la Marsellesa con la partitura de la Traumerel”⁽³⁴⁾.

En otro momento de su obra Cossio nos dice “que conocer, comprender, expresar e interpretar es una cadena de sinónimos que va especificando el mismo contenido: *Comprender es conocer algo en su ser cuando este ser es ser un sentido; expresar es comprender en el momento de la creación del objeto cultura; interpretar es comprender el objeto cultural ya creado*”⁽³⁵⁾.

Según esto, parece claro que el autor de un libro, de una película, de una escultura o de una obra musical, primero conoce —comprende— algo cuyo ser es ser un sentido valioso o disvalioso, vivenciándolo en cuanto tal; luego lo expresa —comprende— al objetivarlo en el libro, en la película, en la estatua o en la partitura musical; y finalmente esta realidad se comprende interpretándola, es decir, vivenciando ese sentido objetivado en el substrato.

Si trasladamos esto al campo del Derecho, veremos que su teoría de la interpretación jurídica —en la línea de pensamiento de Dilthey y de la Teoría Hermenéutica de Betti y de Gadamer⁽³⁶⁾— nos hace albergar dudas bastante razonables acerca de la distinción entre objetos culturales egológicos y objetos culturales mundanales; acerca de la norma como simple medio lógico-gnoseológico; y acerca de la distinción entre norma del jurista y norma del órgano, que ya Kelsen entendía como algo similar a su distinción entre norma jurídica y regla o proposición normativa.

Efectivamente en el ámbito jurídico: *Primero* se conoce —comprende— una realidad que es conducta (en cuanto libertad interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa) cuyo ser es un sentido valioso, ya que como dice Cossio “una conducta sin valor ontológicamente no puede ser”⁽³⁷⁾. Pero este conocer, en cuanto primer momento lógico del comprender, ¿cuándo es verdadero o cuándo es falso? Porque es muy posible que esa conducta —tal como la entiende Cossio— sea vivenciada por unos con un sentido valioso y por otros con un sentido disvalioso. Para Cossio ese conocer sería verdadero en el plano *esencial* y *existencial*, según ya vimos, si *es* y *existe* esa conduc-

(34) *ibíd.*, p. 84.

(35) *ibíd.*, p. 72. El destacado es nuestro.

(36) Vid. BETTI, E., *Teoría Generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955. Y GADAMER, H.-G., *Verdad y Método. Fundamento de una hermenéutica filosófica*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1977.

(37) COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho (...)*, ed. cit., p. 310. Véase también a M. ATIENZA, *La Filosofía del Derecho argentina actual*, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 31-71.

ta compartida; y en el plano axiológico si objetivamente tiene ese carácter valioso o disvalioso con que se vivencia, pero ese objetivismo axiológico en definitiva viene a estar en función de quién sea el autor de esa vivencia. Es decir, en el plano jurídico llegaríamos a la conclusión de que el único conocer verdadero sería el del órgano —legislador— porque es la norma enunciada por este la que delimita o especifica el Derecho en cuanto entuerto, facultad, sanción, etc., que son los modos concretos de ser del derecho. Mientras que las vivencias de los demás —en concreto de los juristas— serían verdaderas solo si concuerdan con la del órgano, siendo falsas en caso contrario. Parece, pues, que Kelsen tiene razón al afirmar que esta distinción —norma del jurista y norma del órgano— es similar a la distinción entre norma y proposición normativa.

En segundo lugar, esta vivencia preferencial del órgano se expresaría —comprendería— en una norma que en cuanto tal puede ser entendida como una realidad cultural —no solo como simple medio lógico gnoseológico—, al estilo de una partitura musical y en consecuencia con su materialidad (substrato) y su sentido. Y así parece que lo entiende Cossio en algún momento. En concreto cuando nos habla de que la materialidad del objeto cultural limita la posibilidad de vivenciar cualquier tipo de sentido nos dice: “Si se trata de un homicidio no se puede dictar sentencia aplicándole la legislación de cheques, con lo cual quedan excluidos todos los sentidos aludidos en esta legislación” ⁽³⁸⁾. Pero también puede entenderse a la norma solo como el sentido de la realidad cultural y el substrato situarlo en la conducta, a lo cual también hace referencia Cossio al entender a la norma como vivencia preferencial de conductas interferidas, y cuando habla de delimitar, no el sentido desde el substrato como era el caso anterior, sino el substrato desde el sentido, como veremos más adelante.

En consecuencia y, *en tercer lugar*, en el comprender en cuanto interpretación de esa realidad cultural antes mencionada, el jurista o el órgano —juez— pretenden conocer el sentido de esa norma poniéndola en función de mutua coimplicación con su substrato que sería la materialidad de la legislación al respecto —por ejemplo, la materialidad de la legislación sobre cheques—. Intentaríamos delimitar el sentido desde la materialidad del substrato; y, como dice Cossio, “cuando se toma el sentido desde el substrato, es la materialidad del substrato la que excluye múltiples posibilidades de sentido” ⁽³⁹⁾. Y también intentaríamos delimitar la conducta —substrato— desde el sentido de la norma. Cossio dice: “Cuando se toma el substrato desde el sentido es la espiritualidad del sentido la que vivifica y anima la materialidad del substrato como si modificara su materia (...) si se trata de la belleza la interpretación más hermosa excluiría a las otras; si se trata de la

(38) COSSIO, C., op. cit., p. 84.

(39) *ibíd.*, p. 84.

justicia, la interpretación más justa excluiría a las otras, etc.”⁽⁴⁰⁾. De tal forma que cuantas más veces se relacione la norma con su contexto normativo y cuantas más veces se relacione la norma con la conducta, poniendo ambos elementos en función de mutua coimplicación, mejor comprensión —conocimiento— se tendrá de la realidad y ello redundará en una sentencia más justa. Como diría Cossio cuantas más veces se escuche una partitura musical, se lea un libro, se vea una película, etc., mejor se llegará a comprender esa realidad.

Pero por muchas limitaciones que haya por parte de la materialidad de la norma y de la conducta, no cabe duda de que el resultado de la interpretación —en cuanto comprensión o vivencia preferencial de una realidad cuyo ser es sentido y que se pone al vivenciarlo— puede ser distinto dependiendo de quién sea la persona que la hace. De nuevo nos plantearíamos la misma pregunta: ¿cuál de las distintas interpretaciones es la verdadera y correcta? La respuesta también volvería a ser idéntica: sería verdadera la que hace el órgano —el juez— ya que es la que se plasma en la sentencia, delimitando lo que es entuerto, facultad, sanción, etc., en definitiva, especificando el ser del Derecho. La interpretación realizada por el jurista sería falsa si no coincide con la del órgano. “La norma individual que emite como expresión de lo que hace, dice Cossio refiriéndose al juez, por ser expresión conceptual de un sentido, resulta así un juicio no independiente del juez que la pronuncia. En consecuencia, la justicia que este juicio, con o sin razón, predica del caso sometido a decisión dejándolo *objetivamente definido en su sentido*, es la justicia que ha vivido el juez al decidirlo (...) la vivencia del sentido emocional de justicia no nace libremente, sino que nace revestida con el pensamiento de la norma general que aplica”⁽⁴¹⁾.

Parece, pues, evidente que la norma no es un mero medio lógico-gnoseológico y que reúne unas características muy distintas en función de quien la enuncie. Por otra parte, todo esto no dista tanto, como pudiera pensarse a primera vista, de la teoría de la interpretación kelseniana, a no ser porque Kelsen la enmarca en un contexto voluntarista y político, mientras Cossio pretende atribuirle un fundamento racional. Para Cossio la vivencia del sentido hecha por el juez es la “correcta” y “verdadera”, mientras que para Kelsen la vivencia del juez es la única válida jurídicamente al margen de consideraciones valorativas.

Kelsen parte del hecho inevitable de que en toda norma general existen una serie de indeterminaciones —a veces intencionadas por parte del legislador— respecto de la concreción del hecho condicionante y de la consecuencia jurídica; otras veces no intencionadas y debidas a la ambigüedad terminológica o a la posible discrepancia entre lo expresado lingüística-

(40) *ibíd.*, p. 86.

(41) *ibíd.*, p. 114.

mente y la voluntad del legislador o, en ciertas ocasiones, por la simultánea pretensión de validez de dos o más normas. Esta indeterminación de la norma superior es precisamente la razón de ser de la norma inferior y, en consecuencia, de la interpretación ⁽⁴²⁾.

Ello quiere decir que dentro del marco del substrato normativo hay siempre varios sentidos vivenciales. El problema está en saber cuál de esos distintos sentidos es el “correcto”, el “verdadero”, el “válido”. Cossio entiende que el lograr esa vivencia correcta —verdadera— es un problema gno-seológico, y que cuanto mejor se comprenda (conozca) esa realidad —poniendo al substrato y al sentido en función de mutua coimplicación— más verdadera será la vivencia que de la misma se tenga y, en consecuencia, más justa será la sentencia. Sin embargo, a la hora de la verdad Cossio tiene que reconocer que la vivencia que se plasma en la sentencia es la realizada por el órgano —el juez—, y ella es la que verdaderamente constituye Derecho delimitando lo que es entuerto, sanción, facultad, etc. Lo que quiere decir que esa vivencia sería la verdadera frente a la realizada por los juristas. Kelsen olvidará la categoría verdad-falsedad y entenderá que la vivencia plasmada en la sentencia será la única válida por ser sentido de un acto de voluntad del órgano competente.

Kelsen desde su concepción avalorativa del conocimiento y desde su concepción voluntarista del Derecho entiende que no se puede pretender delimitar mediante la interpretación un único sentido objetivo de la norma general como el más racional y del cual se deduzca la norma particular. Primero porque para Kelsen, según hemos visto, la norma general no tiene un único sentido; segundo, porque no es función cognoscitiva calificar de más o menos correcto a cada uno de sus sentidos; y finalmente porque, aunque hubiese un solo sentido, la conclusión particular a la que racionalmente se llegue no sería auténtica norma mientras no haya un acto de voluntad que lo quiera como debido.

Kelsen distingue la interpretación hecha por el órgano de aplicación del Derecho en su intento de ajustar la sentencia al marco de la norma general; la interpretación hecha por el individuo o destinatario en orden a adecuar su conducta a la norma; y la interpretación de la ciencia dirigida al mejor conocimiento de la norma. En definitiva, distingue entre la interpretación como acto de conocimiento del Derecho, y la interpretación como acto de voluntad —como acto creador del Derecho— cuyo sentido es una norma jurídica.

(42) GAVAZZI, G., “L’interpretazione giuridica in H. Kelsen”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 34, 1957, ps. 217-229. En concreto en la p. 224 dice: “L’indeterminatezza é appunto lo scarto fra la norma superiore e quella inferiore e rappresenta in sostanza la ragione di esistenza della norma inferiore stessa”.

La interpretación científica (en cuanto conocimiento) consiste en exponer las distintas posibilidades dadas dentro de ese marco jurídico a interpretar, pero no es función de la ciencia determinar cuál de ellas es la correcta, porque ello implicaría estimaciones valorativas que la ciencia debe dejar al margen si quiere ser auténtico conocimiento neutral ⁽⁴³⁾. El delimitar en ese marco normativo cuál es la posibilidad “correcta” no es para Kelsen un problema científico, sino un problema de voluntad política ⁽⁴⁴⁾. El acto volitivo, cuyo sentido es la norma, es el que distingue la interpretación hecha por el órgano de aplicación de la interpretación realizada por la ciencia; y como para Kelsen la interpretación auténtica es aquella que crea Derecho, de ahí que solo califique de tal a la efectuada por el órgano de aplicación y nunca a la interpretación científica ni a la realizada por el individuo en cuanto destinatario de la norma.

Mediante la interpretación auténtica una de esas posibilidades recogidas en el marco del precepto general se convierte en norma, e incluso en casos se crea nuevo Derecho elevando a norma —con base en la “Regla Alternativa”— alguna posibilidad no prevista en la norma general. Esto último sucede en casos con carácter provisional y en casos también con carácter definitivo por aplicación del principio de “cosa juzgada” o porque se realice por tribunales de última instancia. Esto se ve muy claro en Kelsen cuando nos dice —refiriéndose a los conflictos normativos que “l’interpretazione di norme giuridiche é conoscenza del diritto e la conoscenza del diritto non può né produrre norme giuridiche, cioè porle in vigore, né aboliré la validita di norme giuridiche, (...) Cio che l’organo applicante il diritto può fare nel caso di un conflitto tra due norme giuridiche generali é soltando decidere con un atto di volontà l’applicazione dell’una o dell’altra delle due norme” ⁽⁴⁵⁾.

En definitiva, para Kelsen el pretender, mediante la interpretación científica, extraer un único sentido correcto o cubrir de una única forma correcta una laguna es una pura ficción encaminada a seguir manteniendo el ideal de una seguridad jurídica, que de acuerdo con la concepción estrictamente volitiva del Derecho de Kelsen sería una pura ilusión.

(43) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, 2ª. ed., México, 1982, ps. 351 y 352.

(44) KELSEN, H., *op. cit.*, p. 356.

(45) KELSEN, H., *Teoría Generale delle Norme*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1985, p. 367.

NORMATIVISMO Y REACCIÓN ANTINORMATIVISTA (*)

Por Julio Fernández Bulté

La Teoría Pura del derecho es una teoría del positivismo
jurídico.

Hans Kelsen

Cualquier contenido puede ser derecho.

Hans Kelsen

Con la teoría egológica, por primera vez se ha hecho notar que
el tiempo propio de la experiencia jurídica no es el tiempo
cosmológico de los relojes, sino el tiempo existencial.

Carlos Cossio

I. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

En el capítulo anterior ⁽¹⁾, cuando abordamos el positivismo filosófico en general, y el jurídico en particular, insistí y subrayé que, a mi juicio, el más alto exponente del positivismo jurídico era, precisamente, el normativismo que fundó Hans Kelsen en la conocida como Escuela de Viena. Por si faltaran los argumentos a favor de esta afirmación, he preferido citar, al inicio del capítulo, al mismo fundador de la Teoría Pura del derecho ⁽²⁾.

Como hemos podido ver en páginas anteriores, una mirada más o menos detenida sobre la evolución del pensamiento jusfilosófico nos reitera la veracidad de la afirmación varias veces mencionada de Gustavo Radbruch, a saber, la Filosofía del Derecho fue, en su esencia, iusnaturalista hasta el siglo XVIII. En ese momento preciso, en manos de los cultores de la filosofía clásica alemana, a partir del racionalismo del siglo XVII, se abandona la

(*) Publicado en FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Filosofía del Derecho*, segunda edición, La Habana, Editorial Félix Varela, 2003, ps. 180-207.

(1) Capítulo VI: "El pensamiento jusfilosófico del siglo XIX (utilitarismo, empirismo, positivismo e irracionalismo)", en FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Filosofía (...)*, op. cit., ps. 151-179. (nota de los compiladores).

(2) KELSEN, H., *Teoría Pura del derecho*, Madrid, 1934, p. 33.

tendencia iusnaturalista y ese pensamiento jusfilosófico arriba a uno de sus momentos de viraje, quizás de alternativas.

La filosofía idealista trascendental de Kant deviene, como ya vimos, idealismo subjetivo maximizado en manos de Fichte e idealismo objetivo en manos de Schelling. Hegel culmina ese camino idealista con su portentosa construcción —que se basa en el sorprendente método dialéctico— pero arriba al sistema cerrado de su idealismo objetivo.

Estos avatares no resultan del espontáneo acumularse o evolucionar de las ideas filosóficas. Por el contrario, sin descontar ni minimizar esas acumulaciones intelectuales, están determinados, en última instancia —a veces sumamente remota— por las condiciones materiales de la vida de la sociedad humana, y de la europea en particular.

Son esas condiciones, como tratamos de exponer, las que explican en su médula el advenimiento de las corrientes utilitaristas, empiristas, irracionales después y antes del positivismo filosófico y el positivismo jurídico. No podía ser de otro modo. Los hombres piensan y sienten dentro de sus marcos sociales, culturales y espirituales condicionantes. El avance indetenible de las ciencias naturales, propulsado por esa clase esencialmente dinámica y transformadora que es la burguesía (la calificación no es mía, es de Carlos Marx) tenía que producir, de un lado, la rebelión de las ciencias positivas, objetivas, con su abrumadora veracidad de lo empírico, y paralela, la desazón espiritual consustancial a una sociedad en la cual el progreso material y científico no acompaña al desarrollo espiritual; donde cada adelanto material acarrea una nueva alienación espiritual; donde ciencia y humanismo tienden a repelerse.

Mucho más en las condiciones de la sociedad capitalista que se asienta de manera creciente en los mecanismos del capitalismo de Estado y se instala en su fase superior, monopolista.

Son esos contextos desoladores los que explican, siempre insisto que, en última instancia, la desviación irracionalista que ya vimos en el capítulo anterior.

En ese camino que comienza a ser angustioso, fatigoso, la Teoría Pura del derecho de Kelsen y su consecuente normativismo jurídico son, al propio tiempo, una desembocadura natural y un hito trascendental.

Hans Kelsen, nacido en Austria en 1881 y fallecido en EE. UU. en 1970, es uno de los jusfilósofos más apasionadamente seguido, controvertido, debatido y santificado, todo al mismo tiempo.

A Kelsen se le cita, se le sigue a menudo sin penetrar su esencia, sin conocerlo de primera mano. Miles y millones de páginas se han escrito acerca

de su obra, y pocas alcanzan el meollo de su pensamiento. Por supuesto, este es, en medida importante, el riesgo de los que fundan escuela. El doctor Robert Walter, distinguido director del Instituto Hans Kelsen de Viena, dijo de forma atinada en una ocasión: “creo que una teoría debe ser juzgada *in toto*, es decir, también con respecto a sus consecuencias, hayan o no sido planteadas estas por su representante principal” ⁽³⁾.

Hans Kelsen empieza a elaborar sus nociones esenciales que dan lugar a la arquitectura de su teoría del derecho considerada como una aspiración a la pureza absoluta, en realidad desde 1911. Sin embargo, sus obras centrales son algo más tardías: *Teoría general del Estado* data de 1925; la *Teoría Pura del derecho* es de 1934 y la *Teoría general del Derecho y del Estado* de 1945. En 1960 aparece una segunda edición —en vida de Kelsen, dado que con posterioridad se hacen muchísimas más— de la *Teoría Pura*, en la cual se observan importantes variaciones y modificaciones en relación con su primera edición.

Debido a los propósitos y límites de esta obra, será sumamente difícil penetrar todo el arcano de la labor kelseniana, por lo cual nos proponemos solo enunciar sus sillares esenciales y, de costado, también sus consecuencias técnicas y filosóficas más importantes.

Hans Kelsen, imbuido del espíritu científicista del positivismo se propone encontrar un lugar y una explicación al derecho, desligado de toda mistificación iusnaturalista. Para él es obsesivo, desde 1911, hallar la edificación de una ciencia pura del derecho. De ahí que su preocupación primera sea localizar el *método* adecuado para esa ciencia pura.

El camino no estaba sin abonar: Rickert había deslindado los campos de las llamadas ciencias naturales y culturales. De ahí que Kelsen, a partir de los aportes kantianos, más derivados de su teoría de la razón práctica que de la razón pura, comience por separar claramente el *sein* del *sollen* ⁽⁴⁾.

El *sein*, mundo de las relaciones naturales causales, se rige por sus leyes inflexibles. El *sollen*, mundo de la cultura, del deber ser, no está aprisionado por esa causalidad indeclinable.

Para Kelsen, ante todo, el derecho es conjunto normativo, sistema de normas y no de hechos naturales, ni siquiera sociales. El derecho es, para

(3) WALTER, R., *El estado actual de la Teoría Pura del derecho*, Berlín, 1970, traducción castellana en el volumen de homenaje a Kelsen, editado en 1974 por la Universidad de Chile y Valparaíso.

(4) Las nociones del *sein* y el *sollen* tienen un marcado sabor kantiano y proceden del avance que en el siglo XIX alcanzaron las ciencias naturales, que empezaron a derivarse hacia las que hoy llamamos ciencias sociales. Por el *sein* se entienden el conjunto de leyes o regularidades de la Naturaleza, sobre las cuales rige la ley de causalidad; el *sollen* se identifica con el deber ser propio de las que Kelsen llama relaciones funcionales del mundo de la cultura, comprendiendo por cultura, como dice Bustamante, “la noble zona de transición plantada por la voluntad de superación del hombre entre la Naturaleza y el Valor”.

Kelsen, norma y solo norma. Por eso afirma: “Cuando nosotros consideramos a la ciencia jurídica como una disciplina normativa, necesita esta caracterización ciertas restricciones para evitar una posible tergiversación. El carácter normativo de la Ciencia del Derecho se revela, negativamente, en que los acontecimientos que corresponden al mundo del Ser no tienen que ser explicados por ella, es decir, en que no es una disciplina explicativa; y positivamente, en que tiene por objeto normas de las cuales —y no de la vida real, sometida a la Ley de Causalidad— se derivan sus conceptos jurídicos propios” ⁽⁵⁾.

Aquí está el sillar inicial del pensamiento kelseniano: la ciencia del derecho debe expulsar de su óptica y preocupación todo elemento ajeno al contenido puramente normativo del derecho. Es tanto como decir que en su Teoría Pura del derecho pretende, como su propio nombre lo indica, que se “estudie el derecho en su nuda entidad, sin relación a elementos éticos, políticos y sociológicos” ⁽⁶⁾.

Como expresa Menéndez, para Kelsen, todo “cuanto no sea pura norma, todo cuanto haga referencia a la bondad del precepto, al contenido de vida que el mismo regule o pretenda poner de relieve se valiosa finalidad, es totalmente ajeno al estudio del derecho y debe ser emigrado del perímetro de la teoría jurídica” ⁽⁷⁾.

No le falta razón a Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro cuando señala con agudeza que, en esta actitud, en esencia *formal* de Kelsen, no está en juego solo su afán gnoseológico de lograr una Teoría Pura del derecho, al cual entiende como sistema normativo, sino que también pesa en ello la influencia de la Escuela de Marburgo que “le lleva filosóficamente a adherirse al formalismo, y que esto trae como consecuencia, una acentuación, una exageración indiscutible del logicismo” ⁽⁸⁾.

Es entonces, a partir de esa inicial toma de posición metodológica, que Kelsen arriba a sus tres grandes conclusiones o postulados: la unidad del derecho como sistema normativo, despojado de todo atributo *metajurídico*, trae de la mano estas conclusiones kelsenianas; la unidad normativa, el segundo principio de ese monismo, es la discutida unidad entre Estado y Derecho y, por último, la unidad del ordenamiento jurídico. Es entonces que Kelsen comienza a elaborar su estructura arquitectónica de la Teoría Pura del derecho.

(5) KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staaterechtslehre*, segunda edición, Tübingen, 1923, p. 6; citado por SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Teoría general del derecho*, La Habana, Editorial Cultural, S.A., 1953, p. 25.

(6) KELSEN, H., *El método y los conceptos de la Teoría Pura del derecho*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, 1933, p. 9 y ss.

(7) MENÉNDEZ, E., *El nuevo Derecho*, La Habana, Editorial Lex, 1946, p. 123.

(8) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *Teoría general del derecho* (...), op. cit., p. 27.

A partir de la aludida diferencia entre el *sein* y el *sollen*, sostiene que la ley normativa se diferencia de la ley causal porque esta última expresa lo que *tiene que suceder*, en tanto la primera únicamente recoge lo que *debe suceder*, aunque, de hecho, como dice Bustamante, no llegue nunca a suceder.

Es el mismo Kelsen quien mejor explica la naturaleza y los campos de acción diversos de ambos grupos de leyes, cuando señala: “Así como la ley natural enlaza un hecho determinado —causa— con otro hecho distinto —efecto—, del mismo modo la ley jurídica enlaza la condición con la consecuencia. En el primer caso, la forma del enlace de unos hechos con otros es la *causalidad*; en el segundo, la *imputación*, la cual constituye, para la teoría jurídica pura, la *legalidad* específica del derecho (...). Si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B, la ley jurídica, en cambio, afirma: Si A es, debe ser B, pero no emite el juicio acerca del valor moral o político de esta conexión”⁽⁹⁾.

Aun a riesgo de la extensión de las citas quisiera recoger lo que Recaséns Siches —que es uno de los mejores intérpretes de la obra kelseniana— ha dicho al precisar la idea anterior: “La pena es impuesta al delito, y el delito a la persona castigada, porque la norma así lo establece. Si a este enlace de dos o más elementos en la norma (establecido por el deber ser) lo llamamos imputación, entonces esta viene a constituir, en el reino del sistema jurídico, el principio análogo a la causalidad en el reino de la naturaleza. Fundamentalmente hay que distinguir dos clases de imputación: a. La imputación de un hecho (consecuencia jurídica) a otro hecho (la condición jurídica); y b. La imputación de un hecho a una persona”⁽¹⁰⁾.

Kelsen entonces arriba a una de sus conclusiones más radicales y abrumadoras: el derecho es solo estructuración de las normas positivas; es solo derecho positivo, independiente de cualquier contenido moral y menos dependiente de un supuesto derecho natural. Ese derecho natural, antiquísima aspiración de justicia *in abstracto*, es de forma absoluta desechado por Kelsen. Había sido, o bien dictado divino, o racionalidad universal, o bien, en otros pensadores, resultado legislativo de la racionalidad humana, pero siempre evidencia de la inconformidad del hombre con el derecho positivo y aspiración de un derecho justo, universal y seguro. Voltaire, con su genio agudísimo expresó de ese derecho natural: que había que buscarlo en el cerebro y en el corazón de los hombres, en que hay esencias inmutables.

Ahora Kelsen se planta en la encrucijada del pensamiento jusfilosófico y, cargado de la fuerza del positivismo, no niega la existencia de un anhelo de justicia absoluto, pero declara que el mismo no es del ámbito de la cien-

(9) KELSEN, H., Teoría Pura del derecho (...), op. cit., p. 33.

(10) RECASÉNS SICHES, L., Estudio preliminar al compendio de Teoría general del Estado de Kelsen, Barcelona, 1934, p. 29.

cia pura del derecho; es ajeno a esta y, peor aún, no parece alcanzable no razonable: es irracional. Es el mismo Kelsen quien afirma: “Vistas las cosas a través del prisma del conocimiento racional, o hay más que intereses, y por tanto, conflictos de intereses (no es difícil presentir tras esta afirmación el eco de la lejana voz de Ihering o hasta de Schopenhauer) cuya solución se alcanza mediante una ordenación que, o bien satisface un interés a costa de otro, o bien establece una compensación, un compromiso entre intereses contrapuestos (ahora el eco que parece que escuchamos es el de Nietzsche). El conocimiento racional no puede afirmar que solo una de estas ordenaciones tenga un valor absoluto, es decir, que sea la única *justa* (...). La justicia es un ideal irracional” ⁽¹¹⁾.

Es a partir entonces de esta posición bien esclarecida que puede Kelsen integrar su teoría de las normas primarias y secundarias.

Por supuesto que la perfecta comprensión de la solución que Kelsen brinda al problema de la naturaleza de las normas jurídicas solo se alcanzaría teniendo al menos una noción de su evolución hasta el momento del advenimiento de la Escuela de Viena.

En efecto, la ciencia jurídica tradicional había considerado a la norma jurídica en medio de un enorme debate: para unos era un dictado de conducta solidaria, una norma positiva, que expresa un deber ser acatable normalmente; para otra corriente era, por el contrario, la regulación del acto antijurídico, el establecimiento de un presupuesto negativo: lo que regula la norma, para esta vertiente técnica, es la conducta que se separa del dictado ideal imputando a ella una sanción.

Por ello, Kelsen retoma el problema y formula la concepción de la norma primaria y la norma secundaria. Como manifestara Bustamante y Montoro, de este modo abarca la totalidad de la conducta humana que pueda referirse al derecho; además, refleja mejor la forma en que suele aparecer la norma jurídica positiva, ya que esta, aun cuando de manera implícita contiene la norma solidaria, está redactada de un modo negativo, al definir la conducta antijurídica y la sanción estatal correspondiente. Por eso, para Kelsen, la norma jurídica no precisa la conducta solidaria o positiva que los hombres deben observar. En realidad, esto está casi implícito y constituye lo que Kelsen llama la norma secundaria.

Por eso Kelsen denomina norma jurídica primaria a la norma positiva, que se formula como un juicio hipotético, porque *se supone*, también hipotéticamente, la conducta antijurídica y se establece un enlace entre ella y la sanción del Estado.

(11) KELSEN, H., Teoría Pura del derecho (...), op. cit., p. 18.

Es el mismo Kelsen el que señala: “El tipo de proposición jurídica, tal como se presenta en la legislación positiva, es en el derecho criminal, es el siguiente: 1. si alguien roba; 2. si un determinado órgano del Estado interpone acción, el tribunal debe castigar. En el derecho privado —sigue diciendo— la proposición jurídica civil dice: 1. si dos hombres han convenido mutuamente en algo; 2. si uno de los dos no se comporta de acuerdo con lo pactado; 3. si el otro interpone acción, el tribunal debe provocar la ejecución” ⁽¹²⁾.

De paso sería bueno señalar que para Kelsen la norma jurídica primaria no tiene que hacer, y no hace referencia a la coacción, puesto que ella está implícita en el mismo derecho, constituye su esencia.

Ahora bien, para Kelsen, la norma jurídica secundaria es el dictado de conducta positiva que está incluida con frecuencia en la norma primaria y que persigue determinar en los hombres la conducta concordante con la solidaridad.

Nadie como Bustamante para sintetizar esa explicación: “La norma jurídica primaria es la forma negativa de una regla de conducta positiva, llamada por Kelsen norma secundaria, porque se apoya, para su validez, en la primera. Esta norma jurídica secundaria, en los casos en que no está expresamente redactada, tiene que darse como supuesta y, al realizar la conducta concordante con la solidaridad, téngase o no conciencia de ello, se está cumpliendo la norma secundaria correspondiente a toda norma jurídica primaria” ⁽¹³⁾.

Como podemos ver, la grandeza de Kelsen consistió, sin duda, en la afirmación esencial de que el derecho es norma, aunque haya exagerado esa intelección al reducirlo a *solo norma*, despojada de cualquier contenido ético, político, social o económico. Sin embargo, al subrayar el carácter normativo del derecho había formulado la gran negación de todo el iusnaturalismo y el racionalismo anterior, con su mayor o menor carga de ingenuidad o de metafísica (en el sentido marxista del término). Los que habían sustentado la dicotomía ontológica y por ello axiológica del derecho positivo y el derecho natural, abrían a este el espacio determinante éticamente. Pero ese espacio era ambiguo e impreciso, irreal y hasta utópico. Kelsen sacudía de pronto todo aquel edificio idealista y planteaba: el derecho es conjunto normativo, norma que se agota en sí misma, no es preciso ni posible buscar otros contenidos ontológicos.

Por supuesto, Kelsen no se queda en tal afirmación, sino que a partir de la misma elabora su noción jusfilosófica en torno al sistema jurídico o legis-

(12) KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, Barcelona, 1934, p. 68.

(13) SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y MONTORO, A., *op. cit.*, p. 85.

lativo. No importa que en la fundamentación de este eche mano a las ideas de Adolf Merkl, quien ya había elaborado, en sus ensayos de 1918, 1923 y 1931, los dos ensamblajes normativos sobre los cuales se apoya la estructura sistémica del ordenamiento jurídico, a saber, el *vertical*, de subordinación, y el *horizontal*, de coordinación.

Colateralmente no está de más recordar lo que acerca de esa herencia merkleniana en Kelsen ha dicho el ya citado Robert Walter: “Es necesario subrayar —afirma— que Kelsen ha incorporado a su sistema la teoría escalonada de Merkl, reconociéndola como esencial, pero la idea de los dos sistemas estratificados aparece, en los dos trabajos de Kelsen, solo en uno de sus dos aspectos”⁽¹⁴⁾.

De cualquier manera, es evidente que pronto Kelsen advirtió que su estructura normativa, la cual se apoyaba en las normas primarias y secundarias, requería un elemento de adverbación, de consagración. Esa estructura piramidal y orgánica del sistema jurídico, que tiene implícita la coacción del Estado que también es derecho, no podía dejarse sin cúpula, sin una norma que sirviera de ápice y al mismo tiempo de cimiento al edificio, so pena de que este nunca pudiera ser legitimado.

La situación, a los ojos de Kelsen, era, como con lenguaje plástico señala Herrendorf, “una casa de altos, pero sin techos pues, una vez llegado a la primera constitución, ese ordenamiento queda abierto al sociologismo y al iusnaturalismo como a la intemperie”⁽¹⁵⁾.

Es innegable que era así: en la estructura sistémica del derecho está, en la cima, la norma constitucional, pero Kelsen no encontraba en Merkl la validación de esa norma, y entonces podía infiltrarse, en su teoría pura, una valoración política, moral, o económica.

Kelsen no podía dejar a la intemperie no ya el edificio orgánico del sistema jurídico, sino el más orgánico e importante para él, el edificio de su teoría normativa.

Es por ello que Kelsen elabora la noción de *norma fundamental*, como ápice o cúspide del sistema normativo. Es evidente que, originalmente, en Kelsen la norma básica tuvo un profundo contenido apriorístico, kantiano. En una ocasión apuntó: “En mi doctrina la norma fundamental fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba presupuesta en nuestro pensamiento”⁽¹⁶⁾.

(14) WALTER, R., op. cit., p. VI.

(15) HERRENDORF, D. E., El estado actual de la Teoría general del derecho, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.

(16) KELSEN, H., “En el Simposio de Salzburgo, 1963”, Actas del Simposio, transcritas por Alf Ross en su obra Lógica de las normas, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, ps. 146-147.

El ya citado Robert Walter, que ha sido un sintetizador importante de la obra kelseniana, ha valorado el significado de la norma fundamental de manera inequívoca y prolíja. Ha dicho acerca de ella: “La norma fundamental..., cuya función lógica es no solo hacer posible la coordinación y subordinación de las normas positivas, sino también su reducción a unidad” ⁽¹⁷⁾. “La norma fundamental solo explica la posibilidad del conocimiento jurídico-positivo como un sistema de lógica cuyas proposiciones están enlazadas sistemáticamente, es decir, en unidad” ⁽¹⁸⁾.

No sería correcto concluir estas líneas esquemáticas sobre la Teoría Pura del derecho de Kelsen sin hacer mención a dos impactos importantes que sufrió su elaboración teórica. Uno de ellos fue, sin dudas, su enfrentamiento al *Common Law* que se produce al recién radicarse en EE. UU. Sin embargo, en 1945 Kelsen aparece con fuerza en el mercado bibliográfico norteamericano, con la traducción de su *Teoría Pura* realizada por su discípulo William Ebestein.

El otro impacto alude a su contacto con el pensamiento jusfilosófico escandinavo, en especial a través de los trabajos traducidos de Karl Olivecrona, *Law as Fact* (1939) y *Towards a realistic jurisprudence*, y de Alf Ross, con *On Law and Justice*, de 1959.

Existe, además, otro de los impactos importantes sufridos por Kelsen, referido a su polémica con la teoría egológica y singularmente con Carlos Cossio, a la cual nos referiremos más adelante.

Lo que resulta claro es algo que no siempre se toma en cuenta en la evolución del pensamiento kelseniano. En 1963, con ocasión de rendírsele homenaje en el 82 aniversario de su nacimiento, se efectuó en Salzburgo un simposio en su honor. En esa ocasión, Kelsen expresó criterios que lamentablemente han sido eludidos por muchos de sus seguidores y han desconcertado a otros. Aun a riesgo de extenderme, me atrevo a transcribir parte de sus palabras al respecto:

“En obras anteriores he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir sosteniendo esa doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma debe ser (*sollen*) el correlato de una voluntad (*wollen*).

(17) WALTER, R., op. cit., p. 201.

(18) *ibid.*

Mi norma básica es una norma *ficticia* basada en un acto de volición ficticio, que realmente no existe” (19).

Sin embargo, repito, esta recapitulación importante de Kelsen ha sido olvidada por sus seguidores (20).

No quiero terminar estas ligeras pinceladas sobre el pensamiento jusfilosófico de Kelsen sin hacer mención a algunos de los más importantes corolarios que su doctrina tiene para algunos de sus fundamentales problemas teóricos y prácticos sobre el derecho. En este sentido, una de las principales conclusiones de la doctrina kelseniana afecta, de modo directo, a la noción de *voluntad* jurídica. Kelsen la despoja de su contenido psicológico, de su carácter de proceso intelectual y volitivo, para convertirla en una modalidad de la imputación jurídica. Como afirma de manera sintética Emilio Menéndez: “lo que se llama voluntad en el derecho no es más (en Kelsen), que la conjunción de un sujeto con un objeto en el reino del deber ser” (21).

Como consecuencia de esa apreciación, en él está presente entonces otra deducción esencial: la voluntad estatal, expresión del poder que resume la *soberanía*, como se había entendido esta desde Bodín, se transforma entonces en Kelsen en “el orden jurídico estatal supremo comprendido en todos los restantes órdenes, como órdenes parciales” (22).

Al restarle al Estado su carácter de persona jurídica con voluntad, contribuía bastante a su conclusión más polémica: que Estado y derecho son una y la misma cosa, en tanto que el Estado es la expresión normativa del derecho, y este es la forma normativa de aquel.

En la doctrina de Kelsen, los llamados derechos subjetivos pierden significación. Otro tanto ocurre con el sujeto de derecho. Para él el hombre, social, psicológico, ente volitivo, no es sujeto de derecho, sino la persona (23). Esa persona, reducida a un postulado de facultades que nacen de la imputación de una norma, se confunde entonces con la que la doctrina conoció siempre como persona jurídica, o mejor, persona colectiva, moral o ficticia. Esta última no tiene significado esencial para Kelsen (24).

(19) KELSEN, H., “En el Simposio de Salzburgo (...)”, op. cit.

(20) Respecto de ese olvido, solo quiero citar algunos ejemplos notables: Loribal Vilanova, en su obra *Teoría da norma fundamental: comentários á margen de Kelsen*, afirma que Karl Leiminger en *La problemática de la Teoría Pura del derecho*, de 1967, hace referencia a la norma fundamental “sin tomar mucho en cuenta la modificación efectuada por Kelsen, que Leiminger coloca significativamente entre comillas”. Con igual olvido procedió Raimund Hauser, en su *Norma, derecho y Estado*, de 1968, y Norberto Bobbio en la reelaboración de 1970 de su obra *Estudios para una teoría general del derecho*.

(21) MENÉNDEZ, E., op. cit., p. 128.

(22) KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Labor, 1934, p. 142.

(23) *ibíd.*, p. 80.

(24) Ver el contexto general de Hans Kelsen en la *Teoría general del Estado*, op. cit., especialmente p. 80 y ss.

Otro tanto ocurre con la desaparición de la doctrina del maestro vienés, de la diferencia entre derecho público y derecho privado. Kelsen cree que el derecho es norma que protege intereses y al hacerlo transforma todos los intereses colectivos ⁽²⁵⁾, de tal modo, ambos derechos se funden porque únicamente existe un solo derecho, que sería, si acaso, derecho público.

Kelsen lleva también sus conclusiones al perímetro del derecho internacional; como dice Menéndez: “para el cual opina que existe el aparato normativo susceptible de violación por una conducta humana prevista y a la que puede reprimirse por una sanción, que, desde luego, por diferencias técnicas de esta rama jurídica, no opera en la forma que en los restantes derechos, pero que es propiamente una sanción” ⁽²⁶⁾.

II. LA TRASCENDENCIA DEL NORMATIVISMO KELSENIANO

En 1943, el gran penalista Luis Jiménez de Asúa se lamentaba de la influencia normativista en Europa, y al mismo tiempo expresaba, con optimismo injustificado, que Kelsen había sido superado. “Como si trataran los países hispanoamericanos —decía— de liberarse de la rancia posición positivista, ceden ahora a un formalismo excesivo, a una lógica del derecho, que no otra cosa es la posición de Hans Kelsen, totalmente superada hoy en Europa” ⁽²⁷⁾.

Sin embargo, el panorama jusfilosófico europeo no justificaba esa afirmación tan rotunda: en Alemania predominaba el embrutecimiento justificador del nazismo, al amparo del III Reich; en Francia, junto a algunos empiristas avanzaba el pensamiento positivista ya visto por Duguit y el iusnaturalismo de Génys; en Italia, junto al idealismo de Croce y Gentile apenas había un neokantismo emanado de Del Vecchio, postulado por Castiglia, Falza y otros seguidores menores. En España, Legaz y Lacambra luchaba por conciliar a Kelsen con el tomismo, junto a la fuerza de escolásticos puros como Puigdollers, Galán y Gutiérrez, etc. En Checoslovaquia, Weyr y Kallab adoraban a Kelsen; en Bulgaria, Erlich apenas avanzaba más allá del positivismo.

Y no obstante no le faltaba razón a Jiménez de Asúa, pese a lo paradójico de la afirmación. Es cierto que la renuncia totalizadora de Kelsen no vino de las grandes sedes europeas, sino de nuestra América, y en particular del egologismo de Cossio, al que nos referiremos en este mismo capítulo. Pero ello no empece a que estuviera sucediendo algo más sutil, imperceptible,

(25) Ver al respecto a KELSEN, H., op. cit., especialmente en las ps. 106 y ss.

(26) MENÉNDEZ, E., op. cit., p. 130.

(27) JIMÉNEZ de ASÚA, L., “Normas para la interpretación de la ley. La praxis judicial”, Revista Foro, año XXX, nos. 7-9, Lima, julio a septiembre de 1943.

para quien solo se detiene en la apariencia de las grandes corrientes jusfilosóficas.

Lo agudo del problema consiste en lo siguiente: Kelsen, como autor directo y padre de la ciencia del derecho, de la teoría de la norma jurídica y del sistema normativo, era poco leído ya, poco conocido directamente, poco criticado en su esencia vital. Y, sin embargo, la huella kelseniana se había impreso en casi todo el quehacer jurídico práctico, más que en el ademán gnoseológico o en la especulación ontológica. El normativismo cerrado, formalista, se convirtió en el límite práctico del derecho, incluso de la jurisprudencia.

Pocos leían a Kelsen en profundidad; menos lo sometían a crítica en todos o en algunos de sus ángulos doctrinales. Y, no obstante, todos empezaron a pensar y actuar, en sentido jurídico, dentro de los límites normativos más ortodoxos.

Cuando hago tal afirmación, me estoy refiriendo a algo que nos tocó, nos ha tocado y no deja de tocarnos de cerca: partir, aunque ello no se proclame filosóficamente, de que el derecho es solo norma que se agota en el derecho positivo. Interpretar el derecho es tanto como apelar al juicio lógico-dogmático, desentrañar la lógica formal interna de la norma, en la urdimbre de su entrelazamiento vertical y horizontal con otras normas; reducir la creación jurídica a solo la artificiosa estructura normativa que debe ser, en lo interno, consecuente con el sistema normativo. Y olvidar el derecho regulador volitivo social, como voluntad estatal de un determinado *querer o deber ser*, de inevitable contenido social; al interpretarlo no tomar en cuenta que esas normas se realizan para una sociedad viva, para hombres vivos, con propósitos, que son en forma inequívocas sociales, casi siempre económicos, las más de las veces políticos.

Valga mencionar, aunque nada más sea de forma breve, que en el espacio académico ese ademán tenía una resonancia reproductora. Se enseñaba, files al normativismo, solo legislación positiva, ramplona legislación positiva y nada de derecho, entendido por tal un conjunto doctrinal, teórico, trascendente y, por ello mismo, únicamente por ello, científico.

Esa adhesión casi hipnótica a Kelsen derivaba, siempre lo ha sostenido, de hondas causas sociales e ideológicas. En la sociedad explotadora la doctrina kelseniana devenía un blando comodín para ejercer el derecho (todos, abogados, jueces, fiscales) sin sentirse maculados por sus injusticias notables, que repugnaban la más elemental posición, no dígame ya radical, revolucionaria, sino incluso cristiana, humanista.

Entonces Kelsen se convertía en un acomodo maravilloso: que el derecho tuviera muchas injusticias no era cuestión de los juristas, de los abogados, porque todo eso era metajurídico. Esas responsabilidades y cuentas se

pasaban a los políticos, los economistas, los filósofos. El jurista, devenido simple normatólogo, se sentía protegido en su estructura normativa fría, formal, sin carne ni nervio social.

Por supuesto, en el alivio estaba también la alienación. El jurista-normatólogo se sentía cada vez más ajeno a los ideales que un día lo impulsaron hacia una carrera, una profesión altamente social, comprometida en profundidad.

Esto explica, en poquísimas palabras, que Kelsen, ignorado en su esencia, entendido por poquitísimos en nuestra Iberoamérica, fuera sin embargo tan asumido en su normativismo.

Desde la óptica privilegiada que nos confiere la historia, podemos ver ahora a Kelsen de modo despejado y mucho más profundo que lo que pudieron alcanzar sus admiradores y detractores inmediatos.

El primer mérito de Kelsen ya lo hemos apuntado: sacó el análisis del derecho de la dicotomía artificial en que lo sumía, con uno u otro matiz, el iusnaturalismo, casi siempre con una gran carga de idealismo.

Sin embargo, al tratar de encontrar un espacio en absoluto puro para el derecho, sin influencia de otros elementos que le parecían ajenos, *metajurídicos*, creó una doctrina igualmente idealista, formal, una *geometría del derecho* —como la calificara Emilio Menéndez—, porque en ella lo único que se analiza es el momento formal de la norma, sin referencia alguna a su origen ni a su fin ⁽²⁸⁾.

Reducir el derecho a solo norma y no más que norma era tanto como lisiarlo en su forma ontológica, dejar de ver el carácter volitivo de esas normas; ocultar entonces la naturaleza de la voluntad que se expresa a través de ellas; perder el hondo contenido social de esa normativa; reducir el contenido deontológico a nada más que ángulo lógico-formal del mismo, con menoscabo de los intereses políticos, sociales y económicos que se ocultan o transparentan en ese *deber ser*.

En la grandeza del hallazgo estaba también su riesgo. El derecho, apreciado antes por el iusnaturalismo en una dicotomía entre su expresión normativa positiva y un contenido axiológico de sentido casi demiúrgico, volvía ahora, en manos de Kelsen, a adquirir la posibilidad de explicarse y articularse según una lógica rigurosa. La misma lógica de la norma, con todo y las limitaciones que le han señalado los egologistas (y que veremos más adelante) daba paso a la lógica del sistema, al superar las conclusiones de Merkl. Por primera vez se elevaron conceptos claros sobre el *sistema de derecho*:

(28) MENÉNDEZ, E., op. cit., p. 125.

organicidad del ordenamiento jurídico, vertebración de subordinación normativa, lógica interna de la norma y del sistema, etcétera.

En este sentido es preciso reconocer al maestro vienés como fundador de la nueva ciencia del derecho, como fundador de la teoría de la norma jurídica y del sistema normativo. Negar entonces su basamento ontológico, jusfilosófico, no puede autorizarnos a rechazar, de manera arbitraria, su aporte a la ciencia del derecho. Del mismo modo, la admiración que provoca la formulación de su sistema, en cuyo fondo late una cierta verdad científica; ese deslumbramiento ante una elaboración doctrinal casi perfecta no nos autoriza tampoco a aceptar, con igual integralidad ingenua, todo su pensamiento jusfilosófico.

III. LA TEORÍA EGOLÓGICA DE CARLOS COSSIO

Porque, como antes señalamos, la superación del normativismo kelseniano, desde un riguroso punto de vista ontológico, jusfilosófico, no vino de las grandes urbes europeas. Cupo a la escuela egológica y a su fundador Carlos Cossio, a través de la polémica sostenida con Kelsen desde 1941, pero especialmente en 1949, realizar la primera crítica jusfilosófica de la obra del maestro vienés.

Carlos Cossio (1903-1987) fue ignorado de manera lamentable en sus inicios en la Argentina, pese a que pronto ganó una enorme resonancia en Europa.

El gran jusfilósofo argentino, sobre el cual ha habido nulas noticias en los medios jurídicos cubanos después del triunfo de la Revolución, comenzó a exponer su teoría egológica en 1938. En 1949 se produce la famosa polémica con Hans Kelsen, a quien invitó a su cátedra en la Universidad de Buenos Aires.

José Manuel Vilanova ⁽²⁹⁾ deja constancia de la fe y la candidez con que Cossio afrontó aquel debate con el consagrado normativista austríaco, el que, justo es afirmarlo, terminó la lid filosófica con poca galanura, retirándose literalmente del debate y hasta prohibiendo, a renglón seguido, que se publicara el mismo.

Cossio era, como lo ha llamado uno de sus discípulos ⁽³⁰⁾, un hombre plural. García Belaúnde, juzgándolo a sus ochenta años de edad, declaraba: "está en todo".

(29) VILANOVA, C. M. L., "Carlos Cossio (1903-1987)", Lecciones y Ensayos, nro. 48, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1987, p. 327.

(30) Ver HERRENDORF, D. E., "Carlos Cossio, el iusfilósofo de la época contemporánea", Lecciones y Ensayos, op. cit., p. 231.

De una personalidad atractiva y carismática, tenía no solo una recia figura filosófica y jurídica, sino que era, sobre todo, un humanista despierto y avizor del dramático siglo XX. De él ha dicho su apasionado discípulo Daniel Herrendorf: “Cossio llevaba las cosas hasta el final, metódica, sistemáticamente; sin prisa y sin pausa, como las estrellas. Su discurso era extrañamente atractivo, se diría, diabólicamente cautivante. Quienes no lo habían oído esperaban de él una ponencia farragosa, erudita, aburrida —cuanto más aburrida tanto más interesante, jurídicamente hablando— y hallaban un discurso lleno de metáforas, de imágenes, de graciosas elipsis, de alusiones llamativas, de sutilezas. Ironizaba vitalmente; sus opuestos doctrinarios chocaban irremediablemente con una madeja de destiladas ironías difíciles de sortear. Bromeaba honorablemente, inclusive en los foros más sofisticados y almidonados, haciendo tambalear no sin estruendo al casi siempre aplacado y conservador ambiente del derecho”⁽³¹⁾.

Quizá la mejor medida de esa fibra humanista y profunda de Cossio la brinda su actitud cuando, poco antes de su muerte se le ofreció a la Universidad Nacional de Rosario un homenaje en el que cada cual se creyó obligado a endilgar un tremebundo y erudito discurso sobre la obra de Cossio. Cuando se le pidió que clausurara el acto, con su palabra conclusiva, el viejo maestro aseguró que había habido muchos discursos, que solo quería recitar unos versos (solía recitar versos en las más insospechables situaciones). Entonces recitó el poema de Amado Nervo que a continuación transcribo, cargado, como se ve, de enormes alusiones:

En Paz

*Muy cerca de mi ocaso, yo te bendigo, vida,
porque nunca me diste ni esperanza fallida
ni trabajo forzado ni pena inmerecida.
Porque veo al final de mi rudo camino
que yo fui el arquitecto de mi propio destino.
Que si extraje miel o hiel de las cosas
fue porque en ellas puse hiel o mieles sabrosas:
cuando planté rosales coseché siempre rosas.
Cierto: a mis lozanías ha llegado el invierno,
mas tú no me dijiste que fuera mayo eterno.*

(31) *ibíd.*, p. 333.

Hallé por cierto largas, las noches de mis penas.

Amé, fui amado, el sol acarició mi faz.

Vida, nada me debes. Vida, estamos en paz ⁽³²⁾.

En los 18 años que mediaron entre 1938 y 1956 gozó de gran predicamento en América Latina. En 1956 tuvo que dejar de profesar en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en La Plata, perseguido por la dictadura militar.

Su difusión ha sido extraordinaria: en Polonia fue traducido por Wróblewski, de la Universidad de Lodz; en EE. UU. fue seguido por Josef L. Kunz, en sus inicios kelseniano y después convencido seguidor de la teoría egológica; Werner Goldschmidt en España difundió sus ideas. Miguel Reale en Brasil regó como pólvora las teorías egológicas en el gran país; Luis Legaz y Lacambra también en España las difundió, así como Antonio José Brandão en el mismo Brasil; Mario García Herreros en Colombia; Nikola Viskovic en Yugoslavia; Otto Brussin en Finlandia; Virgilio Giordani en Italia y Antonio Pedrals en Chile, para solo citar algunos ejemplos conspicuos.

La teoría egológica es de fundamento filosófico existencialista, es decir, se inspira en la fenomenología de Husserl y Martín Heidegger, no obstante lo cual, en manos de Cossio ese fenomenologismo y existencialismo adquieren una vitalidad inusitada.

En muchas ocasiones he dicho que desde posiciones marxistas podemos tomar muchas reflexiones y conclusiones de la teoría egológica, sin el menor rubor.

Quisiéramos decir solo dos palabras acerca de una concepción jusfilosófica que fue totalizadora y minuciosa.

Hans Kelsen había sostenido, como ya vimos, que el derecho es un sistema de normas y solo normas. Frente a este postulado básico, Carlos Cossio sostiene que el derecho es, por el contrario, *conducta*. Las normas únicamente conceptualizan, según Cossio, sintetizan y plasman cómo *deben ser* esas conductas humanas.

En su reflexión compleja, Cossio asegura que el hombre es un ser *situado* y *situacionado*. Situado existencialmente en el mundo, en sociedad, en un espacio existencial. Situacionado en cuanto que, a su juicio, compartido por los marxistas, ese hombre se encuentra condicionado porque está

(32) Cossio era, realmente, un humanista elevadísimo. Amaba la música, la literatura y las artes plásticas. Decía, por ejemplo, que la música tiene un tiempo inmanente. Pero la escultura y la pintura no, puesto que su tiempo es el tiempo del espectador. Tenía sobre su mesa de trabajo una estatuilla de Carlos de Cárcova, que él denominó "Antonio". Solía descansar unos instantes mirando esa estatuilla. Y decía que era así porque no hubiera podido descansar oyendo, por ejemplo, solo unos minutos un Nocturno de Chopin. Sería tanto como ofender a Chopin no escucharlo entero.

determinado y limitado por el medio social e histórico en que vive. Como dijera Ortega y Gasset: “Yo soy yo y mi circunstancia”.

Y ese ser situado y situado tiene como expresión fenoménica, como ser él mismo, su conducta. Al respecto ha sintetizado de manera correcta Herrendorf esta afirmación cuando indica: “El ser humano se fenomeniza en su conducta, se muestra como siendo un fenómeno a través de ella. Estudiar la conducta es estudiar al hombre. Si el derecho estudia la conducta humana sería, más que una ciencia dogmática, una teoría de la conducta. Aquí el derecho se encuentra con la sociología y la psicología, siempre con base fenoménica”⁽³³⁾.

Cossio había enfatizado primero, con toda fuerza, que el derecho no puede ser reducido a solo norma, sino que es, por su propio contenido, regulador y plasmador de conductas⁽³⁴⁾.

Entonces Cossio sigue razonando, a partir de la manifestación fenomenológica o existencial del comportamiento, que el hombre al vivir no hace más que desarrollar conductas, mejor dicho, conjuntos de conductas. Aun cuando no hiciera algo, ello sería una omisión, deliberada o inquerida de conducta y, por ello mismo, una conducta también, aunque quizás negativa.

Ahora bien, para Cossio las cosas no son tan simples: vivir es convivir, afirma. De modo que la conducta de cada cual se cruza, se entrecruza y se compatibiliza con la de los demás. Por ello, tener una conducta, comportarse, es comportarse de *alguna manera*.

Así pues, continúa discurrendo Cossio, comportarse de *alguna manera* es en definitiva escoger entre varias conductas y conducirse según la que cada cual considera la *mejor*. Mejor será, para cada cual, lo que crea *valioso*, frente a lo que Cossio llama *desvalioso*⁽³⁵⁾. De modo que en cada conducta hay un juicio de valor intrínseco, subyacente, expresado en forma fenomenológica como simple actuar conductual.

De ello infiere Cossio una conclusión materialista irrefutable: antes que la norma está el actuar real, el comportamiento de los hombres. Y, como ya vimos, para él la conducta es la expresión fenoménica de la persona. En realidad, su teoría es una indagación de la conducta; es la investigación por ello, y a través de ello, del ego, del yo como conducta, como juicio de valor. De ahí también el nombre de su teoría, *egológica* o *egología*.

(33) Ver, por ejemplo, a COSSIO, C., La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964; y también La causa y la comprensión en el derecho, Buenos Aires, Juárez Editores, 1969.

(34) Debe verse al respecto COSSIO, C., Radiografía de la teoría egológica del derecho, con “Introducción a la fenomenología egológica”, por Daniel E. Herrendorf, Buenos Aires, Depalma, 1987.

(35) Ver COSSIO, C., en la citada Teoría egológica del derecho, op. cit.; La valoración jurídica y la ciencia del derecho, Buenos Aires, Arayú, 1954.

Para Cossio la norma es a su vez un juicio. Y como juicio que es, conoce, parte de un conocimiento. El objeto de ese conocimiento es la conducta. “Así, la relación que hay entre la norma y la conducta es la misma que hay entre un concepto y el objeto al cual ese concepto se refiere” ⁽³⁶⁾.

Pero lo más importante es que para Cossio, al ser la norma un juicio de conocimiento, no solo puede ser válida o inválida, justa o injusta, sino que también puede ser verdadera o falsa. De tal modo, para él en el derecho hay toda una cuestión relativa a la verdad de la norma, cuyo problema trata en su teoría sobre la verdad jurídica ⁽³⁷⁾.

Cossio llega a afirmar con inusitada audacia que la verdad puede estar ideológicamente encubierta. Hay que advertir que él asume una apreciación marxista del vocablo ideología, como falsa conciencia de la realidad. Y es por tanto no solo posible sino frecuente, que los juristas, los jueces y los legisladores encubran la verdad, bien de manera deliberada, bien de forma inconsciente.

Debido a ello, como bien señala Herrendorf sintetizando los puntos de vista de su maestro: “La función del científico del derecho es dar cuenta de la verdad jurídica, como la función del jusfilósofo es dar un fundamento sólido a esa verdad científica. En general, las corrientes de interpretación jurídica no fueron más que el correlato ideológico de algún interés económico y político. Cossio lo desarrolló punto por punto, señalando finalmente que la kelseniana no es más que la más servicial teoría jurídica del capitalismo moderno” ⁽³⁸⁾.

Ya hemos visto que para Kelsen la norma es la imputación de un hecho a una conceptualización: Dado A, y B que incumple lo establecido, procede la sanción C. Sin embargo, Cossio, que hizo una crítica profunda de esas consideraciones, entiende que la norma puede cumplirse, realizarse, sin que exista violación, por simple cumplimiento conductual que se ajusta al derecho.

Es que para Cossio, como lo repitió en más de un lugar, el derecho es ciencia de la experiencia humana. Y sin duda uno de sus aportes más sustanciales a toda la jusfilosofía es su apreciación de la axiología, que es inmanente al derecho.

“La axiología es vital para el derecho, ha dicho Herrendorf. El derecho es conducta, y la conducta, al desarrollarse como un comportamiento, re-

(36) HERRENDORF, D. E., op. cit., p. 336; debe verse COSSIO, C., Radiografía de la teoría egológica del derecho, op. cit.

(37) COSSIO, C., Teoría de la verdad jurídica, Buenos Aires, Losada, 1954.

(38) HERRENDORF, D., op. cit., p. 337; debe verse a COSSIO, en torno a este asunto, en Ideología y Derecho, Buenos Aires, inédito.

clama siempre un comportarse de alguna manera; quien se comporta elige cómo hacerlo; y al elegir, prefiere (esto y no lo otro), y al preferir, valora”⁽³⁹⁾. Por eso para Cossio la norma es conceptualización de valores positivos.

Es muy importante tomar en consideración la construcción que hace sobre los valores, en un intento, quizás el primero en la jusfilosofía, de encontrar una escala básica y general de valores protegidos o por proteger jurídicamente.

A esos fines Cossio hace una distinción entre valores de autonomía y valores de heteronomía, dentro de los valores jurídicos. Llama valores de autonomía a los que se refieren a la persona individual con libertad que despliega como figura principal en la cuestión que estuviere en juego o bajo decisión. Esos valores de autonomía, como los caracteriza Herrendorf, son *unidireccionales*, puesto que los vive una persona en su situación existencial peculiar; radican en la existencia individual, sustantiva.

En tanto los valores de heteronomía son *bidireccionales*, radican en la vida asociada; no valen solo para un yo, sino que actúan para un *nosotros*; los impone la comunidad según sus estimaciones.

Son valores, además, que no se reducen a la vida sustantiva, individual, sino a la existencia *funcional*, en sociedad.

Cossio hace una ubicación, una esquematización de los que pudiéramos llamar valores parcelarios del derecho, que puede ser representada del modo siguiente⁽⁴⁰⁾:

Valoración de la coexistencia como mundo	Valores de autonomía (1)	Desvalores por degradación/hipertrofia	
	de heteronomía (2)		
	Seguridad (1)	Inseguridad	Ritualismo
	Orden (2)	Desorden	
Valoración de la coexistencia como persona	Paz (1)	Discordia	Opresión
	Poder (2)	Impotencia	
Valoración de la coexistencia como sociedad	Solidaridad (1)	Extranjería	Masificación
	Cooperación (2)	Minoración	

(39) HERRENDORF, D., op. cit., p. 337. Él cita al respecto la obra de Cossio: *Meditación fenomenológica sobre los valores jurídicos*, que se editaba en ese momento en Fondo de Cultura Económica, México. No he podido hacer uso de ese material.

(40) Sobre este plexo axiológico ver “Introducción a la fenomenología egológica”, en *Radiografía de la teoría egológica*, op. cit., ps. 68 y ss.

Hay que aclarar que para Cossio las valoraciones de la coexistencia como mundo se refieren a las que se hacen en la situación existencial en la que cada uno es, y en la que el mundo está allí fuera, como el prójimo, en el que él llama plano de *mundificación*.

La coexistencia como persona es la que se produce cuando el prójimo entra en contacto con nosotros, casi siempre en contacto jurídico. Se trata de un proceso de interrelación.

La coexistencia como sociedad es la que nos contiene; en ella el prójimo está en función de la socialización, e integra el *nosotros*.

Entonces es más fácil entender la construcción axiológica de Cossio: para él, en el plano existencial de la simple coexistencia como mundo, en los valores de autonomía, el más importante para el hombre es la seguridad, y la inseguridad, su desvalor correspondiente. Quisiera aclarar que para Cossio los desvalores no son simplemente la ausencia de valor, sino que tales desvalores tienen, a su juicio, un significado sustantivo. Es él mismo quien dice con su gracia acostumbrada: “La mujer fea no vive una ausencia de belleza, sino que vive su fealdad, que es cosa tan concreta y consistente como su propia vida. Así, en nuestro caso, la *inseguridad*, aparece con todo su concreto contenido” (41).

Ahora bien, en el ámbito de los valores de heteronimia, lo que más se persigue es el *orden*, cuyo desvalor es el desorden, por falta de disciplina, pero que también puede hipertrofiarse y dar lugar al *ritualismo*, es decir, la artificialización y formalización del orden, su deshumanización.

Hay que decir que Cossio, con su sentido crítico, afirma que la misma administración de justicia llega a convertirse en un paradigma de ritualismo, que por exceso de orden se quiebra en burocracia y expeditismo.

En el plano de la valoración coexistencial como persona, el principal valor autónomo es la paz y su desvalor es la discordia (del latín *dis cordium*, corazón partido). Pero aquí también funciona el valor por heterodoxia: si no hubiera paz, al menos podría haber poder. El desvalor del poder es la impotencia y su hipertrofia: la opresión.

Quiero aclarar que Cossio tiene una idea muy singular del poder. Para él significa “infusión, inculcación”, nunca fuerza bruta, jamás imposición. Lo explica del modo siguiente: “Es el fenómeno espiritual de traspasar algo al espíritu del prójimo. No se confunde así el poder con la fuerza bruta: el rayo y el tigre causan miedo, pero no lo infunden, porque para infundirlo

(41) HERRENDORF, D. E., “Introducción a la fenomenología egológica”, en Radiografía de la teoría egológica del derecho, op. cit., ps. 64-65.

tendrían que llevarlo en sí y transmitirlo. Ellos tienen fuerza, pero no poder, y la fuerza, por su inercia, siempre es bruta”⁽⁴²⁾.

Igual ocurre en el plano de las valoraciones coexistentiales como sociedad: en ellas el valor por autonomía sería, según Cossio, la solidaridad. Pero si no hubiera solidaridad, al menos podríamos aspirar a la cooperación. El desvalor de la solidaridad, sería por degradación, la *extranjería*, el desgajarse o ser expulsado y alejado del conglomerado social. El defecto de la cooperación sería la minoración y su exceso, la masificación.

Así, Cossio llega a una aseveración singularísima: el plexo de todos esos valores es precisamente la *Justicia*, así entendida con mayúscula.

“La Justicia juega el papel de ser el valor que encabeza este plexo axiológico. Lo encabeza porque cualquiera de los valores precedentes está subsumido por la Justicia como supremo valor”⁽⁴³⁾.

Es importante tener en cuenta que, para Cossio, lograr cualquiera de los elementos parcelarios de ese diagrama conceptual es, en cierta medida, *justicia*. Por eso, que haya poder moderado es justo; que exista cooperación es justicia o es justo; que haya orden es justo. Pero la justicia, en absoluto, es el plexo axiológico, y cada valor parcelario está contenido entonces en ese plexo de justicia.

Quisiera significar que podemos aceptar o no el tratamiento existencial de los planos de valoración y los cortes existenciales, podemos admitir o no sus consideraciones en torno a valores por autonomía y por heteronomía, pero en lo que sí tendremos que convenir es en que únicamente Carlos Cossio adelantó una reflexión totalizadora de la axiología jurídica; que solo él respondió de alguna manera racional al problema de la justicia.

Y digo sin temor que solo él, hasta ese momento, respondió de manera totalizadora y global la significación axiológica de la justicia, porque me queda claro que, en todo el iusnaturalismo, la justicia se replegaba al esotérico campo del derecho natural, y con resignación se admitía que no era necesario que encarnara en el derecho positivo. En el racionalismo la vimos aparecer como condición apriorística, o como proyecto del espíritu absoluto, pero tampoco es esas doctrinas se elaboró una noción tangible y alcanzable de la justicia humana.

Vimos a los utilitaristas proclamar, con cierta amargura, que el derecho tutelaba *intereses*, sin entrar en la consideración que esos intereses fueran justos o no. Y observamos finalmente al positivismo, incluido el jurídico, y

(42) COSSIO, C., “La justicia”, *La Ley*, tomo 126, abril, mayo y junio de 1967; citado por Daniel HERRENDORF, op. cit., p. 66.

(43) HERRENDORF, D. E., op. cit., p. 68.

más al normativismo, su más alta expresión, desalojar la justicia del plano de las ciencias jurídicas, o mejor expresado, del ámbito de la ciencia jurídica.

Ahora Cossio, al formar toda una doctrina del conductualismo, de la conducta humana y del derecho como conceptualización de esa conducta, a partir de una fundamentación existencial, nos propone un diagrama de justicias parciales y de la justicia en total. No en balde se formó de manera rápida un cierto consenso internacional en torno a estas proposiciones, y muchas universidades americanas y europeas pidieron al maestro argentino que compendiará sus trabajos sobre axiología jurídica, con el fin de publicarlos en un solo volumen ⁽⁴⁴⁾.

El marxismo, como veremos más adelante, que no elaboró en manos de los clásicos una teoría sistemática y totalizadora del derecho, no ha sabido encontrar a los seguidores —salvo Lenin y Gramsci— que fueran capaces de crear una teoría materialista histórica del ideal de justicia. En su momento, dentro de este mismo volumen adelantaré algunas consideraciones al respecto, y observaremos que, a mi juicio, las ideas de Cossio, lejos de ser desechadas, pueden y deben ser tomadas en cuenta.

(44) Al respecto, debe verse la nota al pie de p. 68, de la op. cit., de Daniel HERRENDORF.