

**EL DERECHO COMO
OBJETO TRIDIMENSIONAL**

Héctor A. Zucchi

EL DERECHO COMO
OBJETO TRIDIMENSIONAL

**Premio Dalmacio Vélez Sársfield
Tesis sobresalientes**

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2001

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
Volumen XXIX

Ilustración de Tapa: reproducción de la pintura del
Sr. Gwili Roberts, obra donada a la escuela
Dalmacio Vélez Sársfield de Arroyito, Córdoba.

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2000, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 2001 — 2004)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Presidente

Dr. RICARDO HARO
Vicepresidente

Dr. ERNESTO REY CARO
Secretario

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD
Tesorero

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ
Director de Publicaciones

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: acader@arnet.com.ar

Página Web: <http://comunidad.derecho.org/acader>

REPÚBLICA ARGENTINA

Córdoba, 14 de marzo de 2001.

VISTO:

El Reglamento de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la cual se crea el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes” aprobado por unanimidad en la Sesión Ordinaria del 5 de septiembre de 2000;

Y CONSIDERANDO:

Que en cumplimiento con lo dispuesto en el punto 9 del referido Reglamento;

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

Art. 1°.- Integrar el jurado que entenderá en el Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes” con los siguientes académicos: Dr. Juan Carlos Palmero (Civilista); Dr. Efraín Hugo Richard (Comercialista); Dr. Ricardo Haro (especialista en Derecho Público); Dr. Daniel P. Carrera (Penalista); Dr. Olsen A. Ghirardi (Director de Publicaciones); Dr. Ernesto Rey Caro (Tesorero) y el Dr. Luis Moisset de Espanés (Presidente).

Art. 2°.- Comuníquese y archívese.

Ricardo Haro
Secretario

Luis Moisset de Espanés
Presidente

Córdoba, 30 de mayo de 2001.

VISTO:

El dictamen final emitido en fecha 28 de mayo del corriente año, por el Jurado del Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes”.

Y CONSIDERANDO:

Que de acuerdo al texto del referido dictamen, sus siete (7) miembros integrantes han coincidido, sin discrepancias, y de acuerdo al punto 11) del Reglamento, en que es pertinente acordar el Premio a los dos postulantes.

Por lo dicho y en uso de sus atribuciones,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

1º) Adjudicar el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes” año 2001 por los trabajos que se indican a continuación; a los doctores Miguel Ángel Acosta (Aspectos jurídicos y económicos del warrant) y Héctor A. Zucchi (El derecho como objeto tridimensional).

2º) Comunicar a los galardonados la presente Resolución.

3º) Dése a publicidad y archívese.

Olsen A. Ghirardi
Presidente

EL DERECHO COMO
OBJETO TRIDIMENSIONAL

*A la memoria de mi padre
Héctor Arnoldo Zucchi,
a quien debo la perspectiva filosófica*

CAPÍTULO 1

LAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS

1.1. ¿Qué es el derecho?

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta “¿qué es derecho?”, nos dice Hart. Esta situación no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado de forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿Qué es química?” o “¿Qué es medicina?”, como la hay para responder a la pregunta ¿Qué es derecho? Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es “una predicción de lo que los médicos harán”. Sin embargo, en el caso del derecho se han dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como ésas ¹.

La falta de interés sobre la especificidad del objeto propio de cada una de las ciencias naturales es evidente. En cambio, en materia de ciencias sociales la pregunta por el objeto

¹ H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 1.

de sus respectivos conocimientos ha llevado a polémicas que varían en su intensidad, quizá menores en la sociología y de mayor vehemencia en la psicología, por ejemplo; pero ninguna, es tal vez cierto, ha llegado al grado de controversia que presenta el derecho cuyo objeto ha sido localizado dentro de las distintas regiones ontológicas.

Así es como Holmes ha dicho que *“Las profecías de lo que los tribunales harán... es lo que entiendo por derecho”*². Pero también, se ha sostenido que *“El derecho es la norma primaria que establece la sanción”*³, definición adscripta a la corriente que concibe al derecho como un conjunto de normas, que trastroca en otra concepción distinta si se agrega que dicho conjunto de normas es impuesto para realizar la justicia.

Estas respuestas a la pregunta formulada son el resultado de una prolongada reflexión sobre el derecho, que realmente incrementó, en su tiempo y lugar, nuestra comprensión del mismo⁴.

Resulta entonces que la pregunta por la esencia del derecho ha sido respondida diversamente. Esto significa que el derecho ha sido caracterizado históricamente desde perspectivas disímiles y excluyentes entre sí. Pero asimismo, la comprensión a la que aludía Hart se incrementa aún más, en nuestra opinión, si se atiende a la complejidad de lo jurídico, determinante, para quienes así lo entienden, del abandono de su análisis bajo un enfoque reduccionista para adherir a un criterio de estudio amplio, contemplativo del derecho a través de sus fases o estratificaciones: valor, norma y hecho.

A su vez, estas tres estratificaciones se encuentran vinculadas por una interrelación que no sería paritaria sino más

² Confr. O. W. HOLMES, “The Path of the Law”, en *Collected Papers*, 1920, pág. 173, citado por H. L. A. HART, *El concepto...*, pág. 2.

³ Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1949, pág. 61, citado por H. L. A. HART, *El concepto...*, pág. 2.

⁴ H. L. A. HART, *El concepto...*, pág. 2.

bien de predominio de alguna de ellas. Werner Goldschmidt al comparar su teoría trialista del derecho con el tridimensionalismo de Miguel Reale sostiene que la fundamental oposición entre ambos es que el elemento jurídico preponderante para el trialismo es el valor justicia, mientras que para la concepción realeana el elemento decisivo es la norma⁵ y también dice que la justicia se encuentra por encima de los otros dos órdenes⁶. En cambio, en otra concepción tripartita de arraigo, originada en Jerome Hall, se define al derecho como conducta que expresa normas -realizando valores- la que -en caso de desviación o delito- es y debe ser penada con sanción, implicando ello la integración a partir de la conducta, auxiliada por las otras dos perspectivas⁷, o sea, la integración de razón y realidad en la conducta humana⁸.

Por su parte Cossio, que rechaza ser considerado dentro de esta corriente, dice que el derecho es conducta -aunque no la concibe sin norma ni valor- en interferencia intersubjetiva. Es decir, que los auxiliares del integrativismo son reductibles a la conducta en la eología.

Vemos pues como los tres elementos parecen ineludibles y que, según sea el enfoque, prevalece uno u otro sobre los restantes, permitiendo el análisis su separación, quedando postergada en éste, aunque momentáneamente, la cuestión de la posible irreductibilidad.

⁵ Comentario de Werner Goldschmidt a la traducción al castellano de la "Teoría tridimensional del derecho" de Miguel REALE, en *La Ley*, 1980-A, 1980, pág. 1134. Por su parte, Luis Recasens Siches, inclinado hacia la formulación de Reale, sostiene que el derecho no es conducta sino norma articulada integrativamente (Pedro R. DAVID, *Sociología criminal juvenil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pág. 16.).

⁶ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 6ª edición, 1996, pág. 18.

⁷ Confr. Pedro R. DAVID, "Bosquejo de la jus-filosofía integrativa de Jerome Hall", *Jurisprudencia Argentina*, 1961-I, Doctrina, 1961, pág. 3.

⁸ Jerome HALL, *Razón y realidad en el derecho*, trad. de Pedro R. David, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1959, pág. 99.

Deslindadas así provisionalmente las distintas perspectivas del derecho, estimo conveniente efectuar un *racconto* de las concepciones jurídicas que jalonan la historia iusfilosófica y que en correspondencia con las perspectivas expuestas pueden encuadrarse en las corrientes del derecho natural, normativismo y realismo, distando ello como todo procedimiento esquemático de la idealidad puesto que en las líneas de pensamiento suelen encontrarse elementos extraños que impiden la pureza.

1.2. Excurso: la injustificada relegación de la pregunta “¿Qué es el derecho?”

En la denominada posmodernidad, la pregunta que nos ocupa parece haber quedado relegada pues se ha centrado la investigación en el rol del derecho, es decir, en la problemática vinculada a los fines y funciones sociales del derecho. En tal sentido, Norberto Bobbio ha sido uno de los primeros en aceptar la distinción entre estructura y función del derecho, señalando que las teorías estructuralistas se preocupan por saber “de qué se compone el derecho” mientras que las que representan un análisis funcional se preguntan “para qué sirve el derecho”⁹.

No obstante, en 1987, dice el iusfilósofo italiano: no creo que la teoría funcionalista del derecho, tan apreciada por los sociólogos, haya reemplazado la estructuralista, como si se tratara de perspectivas incompatibles. Si el punto de vista estructural es predominante en mis cursos de teoría del derecho, esto se debe exclusivamente al hecho de que cuando los desarrollé ésta era la orientación metodológica dominante en nuestros estudios. Si hoy los debiera retomar, no pensaría

⁹ Norberto BOBBIO, “Hacia una teoría funcional del derecho”, trad. G. Carrió, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pág. 9.

en sustituir la teoría estructuralista por la funcionalista. Agregaría una segunda parte sin sacrificar nada de la primera ¹⁰. Peces Barba, por su parte, sostiene que el análisis funcional debe completar y no sustituir al análisis estructural ¹¹.

Pero Bobbio vincula esta segunda parte a la función promocional, propia del Estado social, lo cual abre un interrogante que lleva a preguntarnos si esta diferente temática no pertenece más bien a otros ámbitos de estudio, como la ciencia política o la sociología del derecho, por ejemplo, puesto que la filosofía del derecho no pierde la nota característica de la filosofía general consistente en un saber para saber, desinteresado, ni su abstención de todo beneficio práctico.

No opino, en cambio, que el fin del derecho sea ajeno a la filosofía jurídica pues esto implicaría compartir la posición de Kelsen, que concibió como metajurídica toda consideración acerca de lo justo. Por el contrario, el valor forma parte de la constitución del derecho, según el punto de vista desarrollado *infra*.

La teoría crítica, que ha tomado auge en la Universidad de Buenos Aires, va más lejos aún pues compartiendo con Bobbio la problemática relativa a los fines y funciones del derecho ¹², le reprocha a dicho autor y a Joseph Raz que ciertas categorías del materialismo permitían desarrollar cuestiones fundamentales que en sus análisis se hallaban opacadas. Esas categorías son la historicidad, la ideología y las relaciones de poder ¹³.

El enfoque crítico preconiza la construcción de una teoría de intersección, una teoría transdisciplinaria que se en-

¹⁰ Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1996, pág. 10.

¹¹ Gregorio PECES BARBA, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1994, pág. 277.

¹² Carlos M. CÁRCOVA, *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, pág. 38.

¹³ Carlos M. CÁRCOVA, *Derecho...*, págs. 72/75.

riqueza con el aporte de la antropología, la lingüística, la sociología, el psicoanálisis, etcétera ¹⁴. Otro autor de la misma línea de pensamiento, sostiene -resumimos- que la teoría jurídica privilegia la síntesis de resultados que provienen de otras disciplinas. A su vez, se nutre de la filosofía del derecho y, en virtud de una consideración interdisciplinaria de los diversos enfoques sobre lo jurídico, revierte sobre la doctrina jurídica y la práctica ¹⁵. Pero agrega que parecería que lo que define a la teoría crítica no es tanto su bagaje de propuestas o afirmaciones acerca del derecho, como el conjunto de negaciones que esgrime. Sus diversas versiones se congregan así en torno de un programa de negación de lo recibido, en el cual los ingredientes teóricos o ideológicos comunes son difícilmente perceptibles ¹⁶.

En definitiva, esta teoría presenta un programa que pese a estar en ciernes ofrece suficientes elementos que autorizan a concluir su ajenidad al tema iusfilosófico, aunque un autor reconozca los aportes de los paradigmas tradicionales ¹⁷ y otro que la teoría jurídica se nutre de la filosofía del derecho ¹⁸, pues el programa crítico caracterizado preponderantemente por su negación de lo recibido permite conjeturar que la pregunta por el ser del derecho les resulta, finalmente, ociosa ¹⁹, enfoque que merece máxima consideración, pero impeditivo de que su temática aparezca bajo el rótulo “filosofía del derecho”, dado que asimismo plantea la supuesta inconducencia de sus tradicionales cuestiona-

¹⁴ Carlos M. CÁRCOVA, *Derecho...*, pág. 72.

¹⁵ Enrique ZULETA PUCEIRO, *Teoría del derecho (Una introducción crítica)*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 22.

¹⁶ Enrique ZULETA PUCEIRO, *Teoría...*, págs. 53-54.

¹⁷ Carlos M. CÁRCOVA, *Derecho...*, pág. 71.

¹⁸ Enrique ZULETA PUCEIRO, *Teoría...*, pág. 22.

¹⁹ En suma, las nuevas tendencias al relegar la pregunta sobre “Qué es el derecho” no parecen compartir la idea de Hart de que la reflexión sobre ella incrementa nuestra comprensión de lo jurídico, o que esto fuese de interés.

mientos. Es decir, se cultiva y enseña bajo la denominación de filosofía del derecho algo que no lo es, incluso más grave, el contenido difundido niega su posibilidad.

Por último, comparto con Olivecrona que cualquier concepción errónea sobre la naturaleza del derecho redundaría en detrimento de la ciencia social y de la educación social²⁰. Piénsese si no en los resultados devastadores para los valores jurídicos a que conlleva el criterio dogmático que da pábulos a sinnúmero de decisiones judiciales, desatendidas de sus consecuencias, inspirado en el racionalismo jurídico identificador de derecho y ley, que concibe a la norma individual como una derivación lógica de la general mediante una subsunción silogística mecánica, soslayando el carácter constitutivo de la sentencia judicial por tratarse no sólo de un acto cognoscitivo sino también de voluntad del juez. Dicha concepción, que subestima la función judicial, es aún hoy dominante en nuestro ámbito forense, pese a que fuera dentro del reduccionismo normativista, el propio Kelsen, quien reaccionara contra ese modo de pensar.

1.3.1. Iusnaturalismo

Retomando la idea de realizar un *racconto* de las perspectivas iusfilosóficas, parece conveniente rescatar, aunque más no sea de modo provisional, un significado del vocablo iusnaturalismo pese a su multivocidad, a partir de lo que puede entreeverse como una cierta coincidencia: la vigencia de principios de justicia universales y necesarios asequibles a la razón humana e insusceptibles de ser contradichos por normas que merezcan la calificación de jurídicas, en tanto el derecho injusto es inconcebible o contradictorio puesto que toda

²⁰ Karl OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, trad. Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959, pág. 2.

realidad que no se ajuste al derecho natural debe ser descartada como derecho por su carencia de valor ²¹.

La dificultad del iusnaturalismo es ontológica toda vez que prácticamente ha circunscripto su análisis al plano axiológico, a tal punto que Goldschmidt afirma que el derecho natural aristotélico-tomista es idéntico a la justicia ²², quedando evidenciada la aporía por carecer el valor de independencia entitativa, por su no pertenencia a ninguna región ontológica. Los valores no tienen esa primera categoría de ser, no son sino valen, según Lotze, adolecen de sustantividad; el acto intencional (noesis) necesita como correlato algo valioso (noema), en términos de fenomenología husserliana. En consecuencia, en la entificación del valor como objeto ideal reside la insuficiencia del iusnaturalismo.

Por su parte, Carlos Cossio se ocupa del iusnaturalismo principalmente en tres artículos ²³. En el primero de ellos sostiene que la teoría egológica impugna el derecho natural porque éste no presenta una base ontológica para sustentarse. Por causa de esta carencia de base ontológica, la crítica egológica al derecho natural se presenta como una crítica total ²⁴.

²¹ Ver Miguel A. CIURO CALDANI, "Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y iusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico", en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, N° 41, 1996, págs. 85 y 89.

²² Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 382. En otra obra, el mismo autor aclara que el derecho natural constituye una edición abreviada del valor justicia y que la abreviación se debe a su finalidad eminentemente práctica (Werner GOLDSCHMIDT, "El deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico", *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, pág. 495).

²³ El primero se denominó "La filosofía de la filosofía en el derecho natural", *La Ley*, 127, 1967, pág. 1310, y los otros dos fueron publicados bajo los títulos "La egología y el derecho natural", *La Ley*, 127, 1967, pág. 1413, y "El derecho natural y la norma fundamental", *La Ley*, 128, 1967, pág. 1067. Asimismo, en su obra *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edición, 1967, pág. 256, incluye un apéndice bajo el mismo epígrafe que el utilizado en el segundo de los artículos citados.

²⁴ Carlos Cossio, "La filosofía...", en *La Ley...*, 127, 1967, pág. 1310.

Recuerda Cossio a Husserl cuando exige un fenómeno perceptible como punto de partida para tener un caso ejemplar y acceder a una esencia, pues sin ello el filósofo pierde nada menos que el control del propio ente que está en juego y cuya presencia es irremplazable. Las doctrinas iusnaturalistas no son impugnables por formular la pregunta axiológica en el derecho. Tampoco son impugnables, *en principio*, porque den para ella una respuesta de contenidos axiológicos absolutos. Son impugnables porque sus respuestas axiológicas, al carecer de fundamentos ontológicos, son respuestas en el aire, esto es, sin base con relación a la experiencia ²⁵, como podrían serlo una sentencia judicial, un contrato o un hecho ilícito.

Esta crítica al iusnaturalismo podría ser objeto de réplica bajo el argumento de que la consideración de los valores como valentes y no como entes implica una noción estrecha del “ser”. En tal caso, la insuficiencia ontológica de esta corriente subsiste debido a la falta de análisis sistemático del problema fáctico del derecho en que incurre, señalada por Hall ²⁶, constitutivo de un defecto que en este aspecto lo emparenta con el normativismo.

1.3.2. Escuela histórica del derecho

Un hito importante en el modo de concepción del derecho lo constituye la escuela histórica del derecho cuyo representante cimero fue el jurista alemán Federico Carlos von

²⁵ Carlos COSSIO, “La filosofía...”, en *La Ley...*, 127, 1967, pág. 1312.

²⁶ Pedro R. DAVID, “Bosquejo...”, pág. 4. En su crítica a la filosofía del derecho natural Hall destaca que los juicios generales de valor adquieren sentido solamente en la medida en que se los relaciona con lo fáctico e insiste en la necesidad de interpretar el derecho natural en su relación con los hechos (Jerome HALL, “Teoría jurídica integralista”, trad. Eduardo Ponssa, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, págs. 54-55).

Savigny, que en 1814 publicó su conocido opúsculo *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*, estableciendo las bases de la escuela al polemizar con Thibaut con la finalidad de refutar los argumentos de éste en favor de la codificación del derecho germano.

El derecho es algo real, dado en el tiempo y en el espacio, un fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del pueblo, su fundamento no es la naturaleza universal ni la creación arbitraria del legislador, sino el espíritu del pueblo (*Volksgeist*), manifestado inicialmente en la costumbre, de donde resulta que cada pueblo tiene su derecho con características propias. Frente a las abstracciones del iusnaturalismo con sus ideales inmutables y absolutos, Savigny corrigió la mirada dirigiéndola hacia la observación de la realidad empírica, ubicando en primer plano a la experiencia, variable y contingente.

El pensamiento de Savigny gira en torno de su noción de relación jurídica, distinguiendo en ella una materia o relación en sí misma entre individuos, de la determinación jurídica de esa materia ²⁷. En términos kantianos, identifica un elemento material proporcionado por la experiencia y un elemento formal, la norma que otorga forma jurídica a la relación empírica.

Al conocer el jurista el derecho como verdad empírica, es decir, el derecho que es y tal cual es, no aquel que debe ser, el insigne jurista alemán advierte que hay una experiencia jurídica y que la naturaleza de esta experiencia es de índole histórica. Sobre esta base se sostiene la afirmación cossiana: Savigny ontologizó al derecho positivo ²⁸. De este modo el derecho es objeto de investigación científica, por lo que esta Escuela desempeñó un rol destacable en favor de la ciencia jurídica.

²⁷ Confr. Federico C. VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley de la edición en francés, Madrid, Góngora, 1878, pág. 224.

²⁸ Carlos COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, págs. 20, 133, 273 y 618.

Ahora bien, el derecho pese a ser algo empírico, temporo-espacial, al originarse en el *espíritu del pueblo*, según esta escuela, determina que la concepción empírica quede matizada de un color metafísico, en contraposición con su incipiente actitud científica.

1.4. Normativismo

Kant (1724-1804) concibió dos mundos, el de la naturaleza y el de la libertad; el primero, subordinado a leyes determinantes y el segundo como suposición de la ley moral, en el campo de la razón práctica que determina la acción del hombre.

De esta distinción parte la Escuela de Marburgo, a la que se liga el pensamiento iusfilosófico de Rudolf Stammler (1856-1938) y asimismo el de Kelsen. En ambos predomina el problema lógico sobre el ético, prefieren al Kant de la razón pura teórica, del conocimiento y de la experiencia, no el kantismo de la razón práctica, de la moral.

No obstante, se diferencian en que a Stammler le preocupa también el problema del fin del derecho pues acepta que la idea de lo justo no puede dejar de ser objeto de la investigación jurídica, aunque en la hipótesis de conflicto el derecho positivo prevalece sobre el derecho justo. En cambio, Kelsen radicaliza el pensamiento stammleriano, eliminando todo vestigio de iusnaturalismo y considerando metajurídico lo relativo a lo justo.

Las reflexiones de Stammler y Kelsen fueron precedidas por los sucesos pues ya en los albores del siglo XIX se produce el tránsito del iusnaturalismo al positivismo normativista ²⁹ a través de lo que se ha denominado el puente involuntario de la codificación, que pretende incorporar

²⁹ Podría denominarse también iuspositivismo normológico, según otra expresión (Miguel A. CIURO CALDANI, "Las posibilidades...", pág. 85), o positivismo normativo o del deber ser.

los principios del derecho natural a los códigos. En 1804 se sanciona en Francia el Código Napoleón, que constituye una especie de derecho natural positivizado. Pero aparecido el Código se comienza a estudiarlo, siendo la escuela de la exégesis la primera en asumir esta tarea mediante la reducción de su análisis al texto legal, contribuyendo con ello a la constitución de la ciencia jurídica, con el consiguiente desplazamiento de las especulaciones valorativas inherentes al iusnaturalismo, determinantes de su carácter precientífico en razón del principio de neutralidad axiológica de la ciencia, según una difundida objeción.

Contemporáneamente, en Alemania se vivió un proceso distinto, caracterizado por la oposición feudal al individualismo de la legislación francesa, pero que, no obstante, permite arribar al mismo resultado, con la constitución de la ciencia jurídica también en esta otra nación. La escuela histórica del derecho cumplió un rol destacable en este aspecto, aunque con vacilaciones, como vimos en el párrafo anterior.

Pero también en Alemania nació un movimiento que concibió al derecho como objeto ideal. Prevalció exclusivamente en esta tendencia la consideración del elemento formal de la relación jurídica señalado por Savigny, pues para este nuevo enfoque la tarea del jurista debía consistir en el estudio de las normas, o sea, de los conceptos y significaciones expresados en las palabras de la ley. Por esta razón la denominación "jurisprudencia de conceptos" que recibió esta corriente, mutiladora de la experiencia jurídica al prescindir de la vida donde nace el derecho, contraviniendo paradójicamente el método histórico aplicado por Savigny en cuya escuela se inspiraron los seguidores de esta desviación conceptualista y dogmática.

Inmersos ya en plena época del positivismo jurídico conviene recordar que a esta vertiente le ocurre algo similar a lo que acontece en el iusnaturalismo en cuanto a la multiplicidad de corrientes desarrolladas bajo las ideas centrales. No obstante, la elección para una somera exposición del positi-

vismo normativista debe recaer en la teoría pura de Hans Kelsen debido a la influencia hegemónica que ejerció y por estar considerada el punto de referencia temático del quehacer iusfilosófico del siglo. Tanto es así que a fines de la década de 1940 muchos pensaban que el panorama de las concepciones jurídicas estaba dividido fundamentalmente en dos bloques antagónicos: kelsenianos y antikelsenianos. Por su parte, Cossio vio en Kelsen al jurista de la época contemporánea³⁰, calificación que Roscoe Pound anticipara en 1947; incluso se le asignó en la historia de la iusfilosofía un lugar similar al de Kant en la historia de la filosofía.

Pero nada mejor que las palabras del propio Kelsen para esbozar su teoría. En tal sentido, expresa: *“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”*³¹.

Dice más adelante que lo común a todos los sistemas morales es su forma: el carácter normativo, lo debido. Es moralmente bueno lo que corresponde a una norma social; moralmente malo lo que contradice una norma tal. Bajo estos presupuestos, la afirmación de que el derecho es moral por su naturaleza no significa que cuente con determinado conteni-

³⁰ Carlos COSSIO, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Arayú, 1954, págs. 135-147.

³¹ Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo del original en alemán, México, Porrúa, 7ª edición, 1993, pág. 15.

do, sino que es norma. En este sentido relativo, todo derecho es, entonces, moral. Pero de ello de ninguna manera queda aceptada la teoría de que un orden coactivo para ser considerado derecho, tenga que satisfacer un mínimo de moral ³². El objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas, concebir algo como jurídico no puede 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. Agregando a pie de página que ésta 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 ³³. “*Para la teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo*” ³⁴.

La teoría pura pues, quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños ³⁵, depurándola de los aspectos vinculados a las ciencias causativas como la psicología y la sociología, por un lado, y de la moral o aspecto valorativo, por otro. El resultado de la doble purificación es la norma, identificada con el derecho, sin hecho ni valor.

Pero precisamente en el concepto fundamental de norma, en que consiste el derecho para la teoría pura, es donde se manifiesta la debilidad de esta concepción, permitiendo la crítica implacable de Cossio, que siquiera pudiera vislumbrar el realismo no egológico al carecer de los instrumentos conceptuales que brinda la fenomenología de Husserl, del cual brota el pensamiento egológico.

³² Hans Kelsen, *Teoría...*, trad. de Roberto J. Vernengo..., pág. 78.

³³ Hans Kelsen, *Teoría...*, trad. de Roberto J. Vernengo..., pág. 83.

³⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve de la edición en francés, Buenos Aires, Eudeba, 3ª edición, 1963, pág. 95.

³⁵ Hans Kelsen, *Teoría...*, trad. de Moisés Nilve..., pág. 15.

Hasta la década del cuarenta se entendió que Kelsen concebía a las normas como proposiciones, más concretamente, juicios hipotéticos. Dice, por ejemplo, que el derecho como ley jurídica es la proposición jurídica, es un juicio hipotético ³⁶. Por esta razón fue considerado el portavoz del antiimperativismo, por negar que las normas fueran órdenes o mandatos. Sin embargo, en 1941 Kelsen insinúa que la ley podría designarse como una orden sin contenido psicológico ³⁷. Posteriormente, en 1945, cuando publica su *Teoría general del derecho y el Estado* establece con precisión la distinción entre “normas” y “reglas de derecho”, abandonando definitivamente la conceptualización de las normas como proposiciones ³⁸.

Kelsen denominó normas a las disposiciones del legislador o de la costumbre y reglas de derecho, enunciados jurídicos o proposiciones, a las descripciones o formulaciones que de las normas hacen los juristas o ciencia jurídica ³⁹, *rechtsnorm* y *rechtssatz*, respectivamente. De este modo, aparentemente conseguía sortear la impugnación yacente en la egología que eclosiona en 1949 cuando Kelsen visita la Argentina y polemiza con Cossio.

Vilanova comenta un pasaje esencial de la referida polémica en los siguientes términos: “*La escuela egológica había*

³⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, Barcelona, España, Labor, 1934, pág. 71. Kelsen explica su concepción primigenia de la norma jurídica diciendo que la norma no es comprendida como imperativo, sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma jurídica se convierte en proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley (Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Jorge Tejerina de la primera edición de 1934, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 47).

³⁷ Hans Kelsen, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *La Ley*, 24, 1941, pág. 203.

³⁸ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, USA, 1945, pág. 45 y ss..

³⁹ Hans Kelsen, *Teoría...*, trad. de Roberto J. Vernengo ..., págs. 84-88.

aceptado en forma estricta que las normas eran proposiciones y yendo aún más allá, había señalado el objeto mentado por esas proposiciones: la conducta. La egología frente a Kelsen, pregunta: "Si las normas son proposiciones, ¿cuál es el objeto mentado por ellas?". Si Kelsen hubiere respondido consecuentemente que el objeto mentado era la conducta, la teoría pura y la egología, hubiesen coincidido en lo fundamental" ⁴⁰.

Pero Kelsen responde manteniendo su rectificación insinuada en 1941 (*ver* § 4.10.) y definitivamente elaborada en 1945 sosteniendo que las proposiciones son las reglas de derecho, no las normas, pasando así las primeras a constituir un calco de éstas, conforme también lo señalara un iusfilósofo insospechado de ególogo ⁴¹. Se trata de una evidente duplicación inútil. De reconocer el protagonismo de la conducta la pureza normativa se hubiese enturbiado con lo fáctico, convirtiéndose la teoría pura en impura, subalternizándose al realismo egológico. De ahí, la preocupación de Kelsen para aclarar su posición frente a la teoría egológica efectuada mediante una nota al texto reelaborado de la teoría pura publicada en 1960, mencionada *supra*.

Mas evitar la impureza de su teoría le cuesta a Kelsen sostener una duplicación injustificable convirtiendo al científico del derecho en mero repetidor de lo dicho por el legislador y renunciar a la condición de portavoz del antiimperativismo que se le había adjudicado; a la par -y esto es quizá lo más grave- que deja evidenciada la debilidad de su teoría al mostrar una ontología fútil, limitada a una pura idealidad, negándole -como sutilmente observa Vilanova- a la ciencia jurídica el carácter de ciencia de la experiencia ⁴².

⁴⁰ José VILANOVA, *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1984, pág. 162.

⁴¹ Ver Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1993, pág. 316.

⁴² José VILANOVA, *Elementos...*, pág. 163.

Kelsen habría incurrido en una inconsistencia lógica, dentro de su teoría obviamente, si hubiese reconocido a la conducta como el objeto significado por el hasta entonces juicio en que consistía la norma.

La crítica egológica se funda en la afirmación de Husserl de que *“toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos”*⁴³. Esto es, el decir algo sobre algo, exige necesariamente ese algo acerca del cual la norma dice algo, y que para la egología es la conducta. En cambio, Kelsen no puede reconocer la virtualidad pretemática ontológica de la conducta subyacente en su teoría por cuanto ello sería coincidir en lo fundamental con la egología, según lo visto más arriba, y cederle voluntariamente el cetro en el pensamiento iusfilosófico.

Otra inconsecuencia para la teoría pura, ya mencionada, producida por la rectificación de Kelsen es que debe aclarar ahora, dentro de su concepción, en qué consisten las normas, ¿qué son las normas? La respuesta final es que las normas son mandatos o imperativos figurados, órdenes o mandatos despsicologizados. Pero una característica definitoria del mandato precisamente es su aspecto psicológico, la sustracción de éste importa su conversión en un conjunto de palabras sin significado.

El tránsito de la conceptualización de las normas como juicios a órdenes, importa el abandono por parte de Kelsen de su condición de adalid del antiimperativismo, que cede a manos de la egología que considera a las normas como juicios.

Las objeciones formuladas a Kelsen importan paradójicamente el reconocimiento a la encomiable fecundidad de su pensamiento. Tanto es así, que a los juicios de Recasens

⁴³ Edmund HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, trad. Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Alianza Editorial, 1982, t. I, pág. 249; Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 199.

Siches y Cossio citados anteriormente, cabe agregarle la opinión de Legaz y Lacambra cuando expresó que a partir de su obra el estudio del derecho consiste en un diálogo con Kelsen. La iusfilosofía ha girado en torno a sus ideas, constitutivas en gran medida del punto de referencia del pensamiento actual, además de brindar instrumentos conceptuales básicos que incluso inconscientemente se utilizan, pero fundamentalmente porque su teoría sistematizó, corrigió o indujo a plantear los problemas que la teoría del derecho posteriormente debatió.

Prueba de la fecundidad de la obra kelseniana lo constituye la circunstancia de que las corrientes que se presentan como enfrentadas entre sí y con la teoría pura, deben ocuparse de sus presupuestos para continuar el referido diálogo.

En este sentido, el realismo le señala al normativismo que históricamente todos los ordenamientos jurídicos han nacido de acuerdo a procedimientos no previstos por normas anteriores y que lógicamente la fundación del derecho en otro derecho implicaría una regresión al infinito. Dependiendo entonces la validez de cada ordenamiento jurídico de un *hecho*: la efectividad.

De otro lado, el concepto kelseniano de que la validez implica obligatoriedad o que ésta es la característica de la norma jurídica, da pie al iusnaturalismo para que observe que de la norma jurídica positiva en sí misma no surge que deba ser obedecida puesto que para que así suceda es menester la trascendencia de un principio de obligatoriedad, es decir, situado fuera de aquélla, con el consiguiente reconocimiento del criterio moral como determinante de la fuerza obligatoria del derecho positivo. De tal modo, la norma fundamental hipotética abstracta tiene un contenido ético, deduce el iusnaturalismo.

Significa pues que ante la norma reclaman su identidad el hecho y el valor, quedando en cierto modo jaqueado el iuspositivismo normativo por los principios de efectividad y obligatoriedad.

1.5. Realismo

En la filosofía del derecho actual, “realidad” significa referencia a “hechos”⁴⁴. El vocablo realismo proviene de *res* que en latín significa “cosa”⁴⁵. El realismo jurídico es la teoría que asume que en el derecho lo determinante es el objeto, la cosa misma, esto es, el hecho social o como dice Bobbio el realismo descubre el momento constitutivo de la experiencia jurídica en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan⁴⁶.

Existe un realismo ingenuo o antinormativista, según la calificación de Pattaro, que niega la existencia de una realidad normativa ontológicamente distinta del mundo de los hechos⁴⁷. Dentro de esta vertiente dicho autor ubica al realismo jurídico norteamericano -recuérdese a Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound, entre otros- y a Vilhelm Lündstedt, profesor de la Universidad de Uppsala (Suecia).

El citado Holmes decía: “*Entiendo por derecho las profeías acerca de lo que los tribunales harán en concreto*”. Es más, agrega que cuando un juez tiene que escoger entre dos líneas los casos que presentan ambas analogías con el caso sometido a decisión, elige en forma prelógica el punto de partida. El silogismo entra en juego una vez que esa elección ha sido hecha. Los jueces dejan a menudo

⁴⁴ Jerome HALL, *Razón y realidad en el derecho...*, pág. 61.

⁴⁵ Alf ROSS dice, por su parte, que en la teoría jurídica norteamericana la palabra realismo es usada primordialmente para designar la actitud escéptica frente a los conceptos y reglas jurídicas (Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 5ª edición, 1994, pág. 67).

⁴⁶ Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho...*, pág. 46.

⁴⁷ Enrico PATTARO, *Elementos para una teoría del derecho*, trad. de Ignacio Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991, pág. 125.

inconsciente el verdadero fundamento sobre el que se alcanza la decisión ⁴⁸.

Frente a esta variante ingenua aparece el realismo normativista que concede una importancia fundamental a la idea de norma tanto en el funcionamiento del derecho como para la construcción de una teoría del derecho idónea para proporcionar una explicación satisfactoria del derecho, conforme opina Pattaro ⁴⁹. Axel Hägerström, Karl Olivecrona y Alf Ross, de la escuela escandinava, integran esta vertiente realista.

Ross, que siente la presión de las normas jurídicas -según la expresión de Hall- ⁵⁰ corrige el pensamiento realista distinguiendo a la ciencia del derecho que caracteriza sobre la base de la predicción de las decisiones judiciales, con su objeto, el derecho, que define como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones, devolviendo -podría decirse- a las normas jurídicas su rol protagónico juntamente con lo fáctico.

El autor danés comprende que aseverar que el derecho es conducta judicial y estudiar la conducta de ciertas personas que se han convertido en jueces, implica la admisión encubierta de la validez del derecho ⁵¹, esto es, la existencia de normas que al menos dan competencia para actuar como jueces, las llamadas normas de competencia por Kelsen y Hart.

⁴⁸ Citado por Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción al derecho...*, pág. 314.

⁴⁹ Enrico PATTARO, *Elementos...*, pág. 125.

⁵⁰ Jerome HALL, *Razón y realidad en el derecho...*, pág. 66.

⁵¹ *Ibidem*.

CAPÍTULO 2

EL DERECHO COMO HECHO Y NORMA

2.1. El derecho como hecho

La disección de cada una de las perspectivas jurídicas efectuada en el capítulo precedente separadas artificialmente según los distintos particularismos, conforme a la terminología de Hall ¹ o infradimensionalismos, de acuerdo a la expresión de Goldschmidt ², nos proyecta sin quererlo en la complejidad del derecho en razón de sus respectivas insuficiencias en orden a su comprensión.

Los estratos valor, norma y hecho fueron someramente analizados de acuerdo a las tematizaciones que sobre ellos fueron realizando las sucesivas corrientes iusfilosóficas, obedeciendo a una sistematización que respetó preferentemente el orden cronológico. Sin embargo, con el objeto de facilitar la exposición parece conveniente invertir el orden del análisis. El hecho especificado en la conducta, constitutiva del substrato del derecho en la teoría egológica proporciona el

¹ Jerome HALL, *Teoría jurídica integralista*, trad. Eduardo Ponssa, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pág. 53.

² Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 6ª edición, 1996, pág. 33.

punto de partida. La conducta pues, entendida como libertad metafísica fenomenalizada, según la conceptualización cossiana, ofrece una punta para el análisis en desarrollo.

La condena que Cossio infligió al normativismo kelseniano fundada en la afirmación de Husserl de que “*toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos*”³, no ha sido confutada, pues como única respuesta -no ya del propio Kelsen sino de quienes de algún modo representan la continuación de su pensamiento lógico jurídico formal-, se alega la ingenuidad del conocimiento de orientación ontológica, caracterizando a las normas desde un enfoque nominalista como meros términos teóricos, es decir, a los que no corresponde nada, prescindiendo de que “*el pensamiento siempre es pensamiento de algo nunca un pensamiento flotante de nada*”⁴.

Desde dicho enfoque formalista, el derecho consistiría en simples símbolos o rótulos, reducido a un mero fenómeno lingüístico configurado por el conjunto de palabras que constituyen las normas, un gran cálculo de formas vacías de contenido, desprovisto de todo objeto, sin advertirse, por ejemplo, que no puedo sentarme en el concepto de silla ni que el Código Penal no reprime el concepto de homicidio sino el acto concreto de matar, que es precisamente una conducta, la de un ser humano homicida.

2.2. Digresión sobre el empirismo lógico y la denominada filosofía analítica

Tanto el normativismo como así también la teoría crítica (ver § 1.2.), desinteresada por lo que el derecho es, si es que

³ Edmund HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, trad. Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Alianza Editorial, 1982, t. I, pág. 249. Carlos COSSIO, *La teoría egológica del derecho y concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1964, pág. 199.

⁴ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 141.

es algo, según el mensaje subyacente, abrevan directa o indirectamente del empirismo o positivismo lógico y la filosofía analítica en general para formular sus impugnaciones a las teorías que destacan el plano ontológico del derecho. Kelsen, por ejemplo, estuvo personalmente vinculado al Círculo de Viena, incluso a su fundador, Schlick ⁵.

La perspectiva normativista merece una aclaración puesto que si bien para Kelsen el derecho es norma, por tanto, ente ideal, su concepción es ontológica, pero como tal palmariamente insuficiente toda vez que para la teoría pura la norma, o deber ser lógico, es un pensamiento de nada, el resultado del sometimiento a una doble purificación respecto del mundo de los hechos y de los aspectos axiológicos.

El empirismo lógico, sin embargo, ha sido objetado con el fundamento de que reduce el lenguaje a un mero “instrumento” neutro, convencional, de que se sirve un “sujeto” ya constituido para referirse a un “mundo” de cosas también ya constituido. Lo unilateral y, en definitiva, lo torcido de tal interpretación salta a la vista si se tiene en cuenta que el lenguaje es ante todo el modo cómo se nos muestran los entes. En esta escuela filosófica el lenguaje se convierte en simple instrumento, se degrada al nivel de las puras palabras, meros sonidos. El hombre es el ente cuya esencia reside en que los entes se le aparecen, es decir, para el que los entes se encuentran en estado-de-no-ocultos (que es lo significa la palabra griega *alétheia*, “verdad”) y en definitiva dentro de un horizonte máximo de desocultamiento que es lo que se llama mundo. La articulación que este mundo asume es -dicho muy someramente- el lenguaje, que -por lo tanto- no es una invención del sujeto, sino que el hombre es ser-en-el-lenguaje en tanto la existencia es estado-de-no-oculto articulado. Justamente porque el lenguaje no es nada añadido, sino constitutivo de la existencia humana, el modo cómo ésta articula su

⁵ Jerome HALL, *Teoría jurídica integralista...*, pág. 68

mundo, cualquier decisión acerca del mismo significa la apertura de una verdad ontológica. El lenguaje no es una mera acumulación de palabras para designar cosas individuales ya sabidas, sino el acto originario de apertura de la verdad de un mundo (Nietzsche). Las palabras y el lenguaje no son cajas donde las cosas puedan ser empaquetadas para el tráfico hablado y escrito. Sólo en la palabra, en el lenguaje, deviene y son las cosas (Heidegger) ⁶.

Cabe reseñar que este movimiento nace como consecuencia del *Tratado lógico-filosófico*, cuyo texto original en alemán se publicó en 1921 y su traducción al inglés al año siguiente, del celebrado Ludwig Wittgenstein, quien en rigor no fue un empirista lógico, pero influyó de tal modo a través de dicha obra en el llamado Círculo de Viena, representado por Moritz Schlick, Hans Reichenbach y -sobre todo- Rudolf Carnap, entre otros, que su nombre no puede dejar de mencionarse como punto de partida del positivismo lógico ⁷. Estos autores otorgaron extraordinaria importancia a los lenguajes formalizados a la vez que centralizaron su análisis en el principio de verificabilidad.

En 1953, póstumamente, se publicaron las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein donde éste desplaza su interés por los lenguajes artificiales hacia los lenguajes ordinarios, sustituyendo además el problema de la verificación por la noción de uso de las palabras o proposiciones. Pese a las diferencias entre uno y otro Wittgenstein, existe cierta continuidad en su pensamiento pues en esta segunda etapa de la filosofía analítica, aunque ya no formalista, man-

⁶ Adolfo P. CARPIO, "La pregunta por el ser", en Cuadernos de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, Nº 15-16, 1971, págs. 77-78. Las dos últimas frases son citas de las obras de Heidegger, Nietzsche e *Introducción a la metafísica*, respectivamente.

⁷ Wittgenstein nació en Viena en 1889 pero fue discípulo de Russell en Cambridge, donde fue nombrado profesor en 1939. La escuela del Círculo de Viena fue perseguida por el nacionalsocialismo, determinando que sus miembros más relevantes emigraran a Inglaterra y Estados Unidos, donde juntamente con Wittgenstein ejercieron gran influencia.

tiene su preocupación para no caer en pseudoproblemas filosóficos, según su punto de vista, derivados de las aristas engañosas del lenguaje.

Las críticas al análisis lingüístico no sólo provienen del punto de vista que expresa Carpio sino también desde otra perspectiva equidistante de uno y otro; me refiero a la razón crítica de Karl Popper, quien transcribe una frase de Moritz Schlick recordando que éste sostuvo en 1930 que no se puede dejar de temer que la filosofía nunca llegue lo suficientemente lejos como para proponer un auténtico problema. Para responderle utiliza un párrafo de Kant escrito en 1786, o sea, ciento cuarenta y cuatro años antes y que parece pensado precisamente para refutar al mencionado empirista lógico que dice: sostengo la opinión exactamente opuesta y afirmo que siempre que una disputa se ha desencadenado durante cierto tiempo, especialmente en filosofía, en el fondo no se trataba nunca de un mero problema acerca de palabras, sino de un auténtico problema acerca de las cosas ⁸.

Agrega Popper que los analistas del lenguaje creen que no existen auténticos problemas filosóficos; o que los problemas de la filosofía, si es que hay alguno, son problemas del uso lingüístico o del sentido de las palabras. Creo, sin embargo, que al menos existe un problema filosófico por el que se interesan todos los hombres que reflexionan: es el de la cosmología, ***el problema de entender el mundo incluidos nosotros y nuestro conocimiento como parte de él***. Reconozco que entender las funciones de nuestro lenguaje es una parte importante, pero no lo es acabar con nuestros problemas presentándolos como meros “rompecabezas” lingüísticos ⁹.

⁸ Karl POPPER, *La lógica de la investigación científica*, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1973, pág. 14.

⁹ *Ibíd.*, pág. 16.

Es evidente que el lenguaje es un elemento insustituible para la comprensión; es más, como dijo Carpio citado anteriormente, es constitutivo de la existencia humana, siendo el modo como ésta articula su mundo. Pero de aquí a concluir que el análisis lingüístico reemplaza a la filosofía significaría ni más ni menos que tomar el rábano por las hojas.

En el análisis del lenguaje se encuentra pues, según creo, la raíz del estancamiento de la filosofía del derecho oficial en nuestro medio en tanto se ha olvidado la historia de la filosofía general de la que necesariamente se nutre. Se prescinde, por ejemplo, de la obra de Husserl desandando el camino recorrido para enancarse en la teoría general del derecho nacida allende los mares y aclimatada en la analítica de Wittgenstein, su antípoda inglesa, lo cual resulta particularmente sorprendente en la Argentina, donde se produjo en las últimas décadas un desentendimiento de su tradición filosófica europea continental, especialmente en el ámbito iusfilosófico, campo en el cual nuestro país ha sido objeto de reconocimiento internacional como cuna de un pensamiento original, logros desdeñados por la filosofía del derecho oficial, la de algunas cátedras de la universidad pública, lo que demuestra que la globalización en una sola dirección, eufemismo por dominación, no sólo cunde en la órbita económica sino también en el área cultural, recíprocamente ligadas.

Creemos ver, pues, en todo este proceso de alienación un fruto de una suerte de colonización pedagógica y no una espontánea incorporación de valores universales a la cultura propia.

2.3. El derecho no es sólo hecho. Su aspecto normativo

El afirmar algo de algo, el juicio, exige necesariamente -como se ha visto- ese algo acerca del cual la norma dice algo y que para la egología es la conducta. Pero para esta concepción la norma es parte de la conducta misma, que se integra con el pensamiento de sí misma. La norma es el sentido jurídico de ese

objeto egológico que es la conducta ¹⁰. La ciencia del derecho no conoce normas, sino que conoce conducta mediante normas. Las normas son los juicios adecuados para conceptualizar la libertad metafísica fenomenalizada en que consiste la conducta, según Cossio. La conducta, dice éste, en su libertad se ofrece a la intuición como un objeto de conocimiento y la norma como pensamiento es una significación que mienta ese objeto ¹¹. Se refiere a una evidente inmanencia del pensamiento en la conducta, a un pensamiento introducido en la conducta ¹².

En otra publicación, el creador de la egología agrega que esta inmanencia del pensamiento de sí misma que se contiene en la conducta, está ampliamente reconocida por la filosofía existencial como algo de superlativa importancia ontológica. Al respecto Heidegger habla de “proyecto” y Ortega y Gasset de “programa vital”. Pero lo que ellos no advirtieron -acaso por no haber autenticado existencialmente la contribución kelseniana como le cupo hacer a la teoría egológica- es el necesario carácter normativo que ha de tener el pensamiento de sí misma con que la conducta se integra, precisamente para poder serlo de sí misma. Hay aquí una manifiesta contribución egológica al existencialismo ¹³.

Si bien Cossio alude a la norma, ésta es inmanente a la conducta, según su punto de vista, que se detiene en una etapa de la fenomenología husserliana, en la que -como dice Szilasi- con respecto a la intencionalidad no puede hablarse de “interior” o “exterior”. La cuestión de la inmanencia o la trascendencia no aparece aquí para nada ¹⁴.

¹⁰ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 216.

¹¹ *Ibíd.*, pág. 216.

¹² Carlos COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944, pág. 88.

¹³ Carlos COSSIO, “Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico”, en *La Ley*, 147, 1972, pág. 1363.

¹⁴ Wilhelm SZILASI, *Introducción a la fenomenología de Husserl*, trad. Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, pág. 34.

En efecto, Husserl distingue -como hemos visto- entre lo que significa o “dice” y aquello *acerca de lo cual* lo dice y agrega que la necesidad de distinguir entre la significación (contenido) y objeto resulta clara ¹⁵. No obstante, en las *Investigaciones lógicas*, permanece encerrado en la descripción de la conciencia.

Es por ello que la egología critica a Kelsen que su análisis recaiga sobre el primer algo de la observación husserliana transcrita y sea ajeno al segundo algo, señalándole que sólo por la bien conocida ceguera del racionalismo para referirse de verdad a la realidad, se puede pretender que la problemática de lo primero absorba y disuelva la de lo segundo ¹⁶. Esta absorción o disolución de la conducta en la norma conlleva la exclusión total de la conducta como conocimiento jurídico por parte de la teoría pura, debido a la insatisfactoria concepción corriente o tradicional de verdad, señalada por Heidegger, según veremos más adelante.

¹⁵ Idem, nota 3. Distinto rol juega la norma en la teoría del derecho de Fritz Schreier de raíz fenomenológica, conforme lo explica con meridiana claridad Laclau, diciendo que dicho autor mantiene la distinción husserliana entre signo que es una mera expresión que no expresa nada, salvo que además cumpla una función significativa, lo expresado que es la significación que confiere sentido a la expresión y el objeto mentado por la significación. Y aclara que para Schreier, ante un texto legal, cabría distinguir, un signo o expresión escrita, una significación que es lo expresado en el texto y el objeto a que dicha significación hace referencia, esto es, la norma jurídica. En cambio, Cossio utiliza el mismo esquema husserliano pero se diferencia de Schreier entendiendo que la norma jurídica debe ser considerada como la significación o sea expresado por el texto legal, mientras que el objeto mentado por la norma es la conducta (Martín LACLAU, “Cossio y el problema ontológico del derecho”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 17, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 69. El libro de Fritz SCHREIER citado es *Concepto y formas fundamentales del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1942, págs. 63-66). Husserl, por su parte, pensaba que la norma, a la que él se refiere bajo otras denominaciones, tales como, juicio normativo, proposición normativa, etc., menciona un objeto axiológico, aunque para él -aclara Gioja- el acto de normar no es un acto axiológico, sino cognoscitivo. El objeto axiológico que es pensado con la norma ha sido preconstituido antes por un acto axiológico de valoración (Ambrosio L. GIOJA, *Ideas para una filosofía del derecho*, Buenos Aires, ed. Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973, t. I, págs. 172-173).

¹⁶ Daniel HERRENDORF, “La teoría pura en el tribunal egológico”, en *La Ley Actualidad*, año LIV, N° 90, 10/5/90, pág. 2.

Como contrapartida la egología, debido a la reducción de la norma a la conducta, absorbe la problemática de lo primero en lo segundo, incurriendo en error similar al de Kelsen -aunque no tan profundo pues la norma no es excluida totalmente como conocimiento jurídico-, pero en sentido inverso.

Pfänder, autor de neta inspiración fenomenológica, explica didácticamente que la relación que existe entre los pensamientos y los objetos de ellos es una relación intencional, una mera referencia, pero no un “contacto real”. Por otra parte, los **objetos**, a que se refieren los pensamientos, se encuentran siempre más allá de éstos, son siempre trascendentes. En cambio, la **referencia** a esos objetos es siempre por esencia inmanente a los pensamientos ¹⁷.

Este conspicuo representante de la lógica fenomenológica añade que a todo juicio determinado corresponde un contenido objetivo. El juicio diseña por sí mismo este contenido objetivo. Lo coloca frente a sí, de tal manera que el contenido objetivo diseñado reside siempre fuera del juicio que lo diseña, el contenido objetivo es “trascendente”. Por consiguiente, ninguno de los elementos que componen el contenido objetivo es elemento del juicio ¹⁸.

De ahí que García Máynez sin ambages dijera: El objeto no es elemento del juicio, sino aquello a que éste apunta, la “situación” a que se refiere ¹⁹. La conducta pues es el objeto a que se refiere el juicio (norma). El derecho como hecho y norma no es extraño a la fenomenología husserliana sino, por el contrario, se involucra en ella.

Se abre de esta manera el camino de la fenomenología existencial que transitaremos en los próximos dos párrafos.

¹⁷ Alexandeer PFÄNDER, *Lógica*, trad. J. Pérez Bances, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1940, pág. 14.

¹⁸ *Ibíd.*, pág. 45.

¹⁹ Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del juicio jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 18.

2.4. La fenomenología: la conducta como objeto trascendente

Cossio reconoce la raíz fenomenológica y existencial de su teoría ²⁰, resultando el tema de la intencionalidad, capital en Husserl, un punto de apoyo básico de la egología. Pero ésta -en mi opinión- se encuentra maniatada por el propio discurrir de la fenomenología mientras permanece encerrada en la descripción, pese a la lógica jurídica trascendental cossiana, en definitiva no asumida, determinante ello del error en que incurre su concepción de la inmanencia del pensamiento contenido en la conducta.

Husserl en el primer período no sale del campo de las vivencias, concibiendo al yo puro como uno de sus dos polos y a la conciencia siempre como conciencia de algo, sin vaciarla, con la subsistencia del objeto como “no yo”. Nóesis (acto intencional) - nóema (correlato al que el acto se refiere, producto correspondiente, el concreto estado de cosas plenamente aprehendido). El sujeto no se separa del objeto, hay un polo yo y un polo-cosa pero integrantes de una unidad, distinguibles aunque indiferenciables ontológicamente puesto que el yo puro en cuanto polo de la corriente de vivencias, pertenece a ella.

Se trata entonces del ya mencionado problema de la intencionalidad entendida como la peculiaridad de las vivencias de ser conciencia de algo ²¹. La palabra *intentio* signifi-

²⁰ Cossio no sólo cita permanentemente a Heidegger sino que expresamente dice que el pensamiento egológico constituye la continuación filosófica del pensamiento fenomenológico y existencialista (Carlos COSSIO, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1987, pág. XIII). Y en su obra más representativa dice que la importancia de Husserl y Heidegger para la total comprensión de la teoría egológica está a la vista constantemente en este libro, razón por la cual huelga toda insistencia preliminar (Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 19).

²¹ Edmund HUSSERL, *Ideas relativas a un fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pág. 199.

fica “dirigirse a”. Toda vivencia, toda actitud anímica, se dirigen a algo. La percepción es, en cuanto tal, percepción de algo ²², con la aclaración de que la percepción es el modo de darse de los objetos reales, la estimación el de los valores, la intelección el de los entes ideales. La egología repite que un juicio dice inexorablemente algo, acerca de algo, resaltando que el primer algo es un concepto, una idealidad y el segundo una realidad existencial dada, algo empírico, objetal, la conducta humana, adonde el concepto se dirige expresamente ²³.

Lo expuesto no puede menos que compartirse, pero pese a la apelación expresa a la realidad existencial, la conducta humana, el pensamiento egológico absorbe la problemática de la norma en la conducta, lo cual revela que no concibe a ésta como objeto trascendente, es decir, que no asume la posición del Husserl ulterior respecto de la cuestión de la trascendencia ²⁴.

Aquella percepción no está dirigida, de ningún modo, a entidades reales existentes fuera de mí ²⁵, puesto que el acto y el “hacia dónde” del acto pertenecen al mismo flujo de vi-

²² Wilhelm SZILASI, *Introducción...*, pág. 32.

²³ Daniel E. HERRENDORF, “Una introducción a la fenomenología egológica”, en Carlos COSSIO, *Radiografía de la teoría egológica*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 24.

²⁴ Carlos Cossio no desconoce el objeto real; sin embargo, ello no es suficiente. En una publicación se pregunta, por ejemplo, qué es un perro. Y dice: aquí lo que el perro fuere lo tomamos del propio objeto directamente, por conocimiento real de su ser; de modo que el ligamen entre la significación y el objeto no es convencional sino real, en la medida en que la significación, subordinándose al objeto, lo miente como conocimiento en lo que él sea y ella le vea (Carlos COSSIO, “Reflexiones sobre la ley como saber y la conducta como el objeto interpretado al dictarse una sentencia”, en *La Ley*, 111, 1963, pág. 1020). Es decir, que se está refiriendo al caso de la significación subordinada al objeto mediante un ligamen real, no al convencional, tomando al objeto como trascendente a la conciencia. Pero, a mi modo de ver, incurre en inconsecuencia cuando funda la norma en la conducta, lo cual no es así en razón de que la separación del plano de los juicios del plano de los contenidos objetivos, no permite la reducción de uno en otro.

²⁵ Wilhelm SZILASI, *Introducción...*, pág. 33.

vencias ²⁶, en cuanto totalidad cerrada en sí misma, quedando excluida toda cosa trascendente, todo objeto real ²⁷.

Es más, Husserl en sus *Ideas* se refiere a la distinción escolástica entre objeto “mental”, “intencional” o “inmanente”, por un lado, y objeto “real”, por otro. Pero comenta, si intentamos separar el objeto real (en el caso de la percepción externa) y el objeto intencional, caemos en la dificultad de hallarnos frente a dos realidades. La cosa el objeto natural, eso es lo que percibo, el árbol que está ahí en el jardín. Un segundo árbol inmanente, o bien una “imagen interna” del árbol real que está ahí fuera de mí. Esto no se da en modo alguno, y suponer hipotéticamente una cosa semejante sólo conduce a un contrasentido. Si llevamos a cabo la reducción fenomenológica, es víctima toda posición trascendente, no toleramos juicio alguno que haga uso de la tesis de la cosa “real de verás”. La “colocación entre paréntesis” impide todo juicio sobre la realidad percibida, pero no impide describir esta “realidad en cuanto tal” que aparece en la percepción ²⁸.

En otras palabras, Husserl concibe una inclusión del mundo en la conciencia, puesto que ésta no es tan sólo el polo yo (nóesis) de la intencionalidad, sino también el polo no-yo (nóema); pero esta inclusión no es real (la pipa está en la habitación), sino intencional (la pipa está en mi conciencia) ²⁹, una mera referencia, pero no un contacto real, como explica Pfänder, ya citado.

Hasta aquí la fenomenología descriptiva de la conciencia en que se apoya Cossio para formular la crítica implacable al normativismo kelseniano de que toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo, extraída de las *Investigaciones lógicas*, idea que a su vez constituye la aporía

²⁶ Wilhelm SZILASI, *Introducción...*, pág. 86.

²⁷ Wilhelm SZILASI, *Introducción...*, pág. 87.

²⁸ Edmund HUSSERL, *Ideas...*, págs. 218-220.

²⁹ Jean François LYOTARD, *La fenomenología*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pág. 19.

de la egología a partir de que no sigue la evolución del pensamiento husserliano posterior.

La comprensión de la fenomenología de Husserl requiere el estudio de su vasta producción con el inconveniente difícil de sortear de que a su pensamiento complejo debe añadirsele la constante elaboración y reelaboración de su propia obra y la gran cantidad de manuscritos publicados tardíamente, que exigen una reinterpretación de sus conclusiones, problema potenciado en nuestro caso por tratarse la cuestión que nos ocupa de una idea planteada en su primera publicación de importancia y directamente vinculada al problema de la trascendencia sobre el que Husserl cambiara repetidamente de posición ³⁰.

De ahí que la exposición de su pensamiento realizada por Wilhelm Szilasi -que ocupó la cátedra de Friburgo desde 1947 a 1961, después de que Heidegger, sucesor de Husserl, debió dejarla al finalizar la Segunda Guerra Mundial y un interregno-, en la obra ya citada, constituye una fundamental contribución a la interpretación de los textos de Husserl toda vez que ha sido escrita yendo al núcleo del pensamiento fenomenológico, abarcando la totalidad de la obra, incluso escritos póstumos y apuntes de clase y por la especial significación de que puso el acento en el *problema de la trascendencia*, ya mencionado, como lo indica en la nota introductoria a su citado libro.

Szilasi sostiene que Husserl alcanza en la cuestión de la trascendencia una posición fundamentalmente nueva y considera que al respecto interesa, en particular, la fase final de las *Meditaciones cartesianas* ³¹.

El citado discípulo de Husserl, a quien sigo en este tema de la trascendencia pero sin descuido de los textos de Husserl,

³⁰ Wilhelm SZILASI, *Introducción...*, pág. 17.

³¹ Wilhelm SZILASI, *Introducción ...*, pág. 146.

explica que las acciones descriptas por la fenomenología -intención, intuición categorial de lo a priori, modos de constitución- son receptivas, pero son *trascendentalmente* receptivas, no pasivamente receptivas, aunque éstas no se descartan, lo que caracteriza a la conciencia es su receptividad activa o espontánea. La conciencia escoge espontáneamente lo que se le aparece como digno de recepción, que la fenomenología denomina trascendental porque lo que es receptible depende de la capacidad de efectuación de la conciencia.

La experiencia trascendente consiste en la receptividad para los objetos reales (*Objekte*), que no son puestos ingenuamente sino también obtenidos por la conciencia mediante la purificación y conversión en algo enfrentado (*Gegenstand*) receptible. La receptividad trascendente prepara lo ajeno a la conciencia convirtiéndolo en propio de la conciencia y lo concibe en esa preparación.

En síntesis, en el pensamiento de Husserl se percibe una evolución bien destacada en la interpretación de su discípulo y continuador Szilasi, que la egología no asumió, pese a su insistencia en la realidad, al permanecer en el pensamiento de las primeras obras de aquel en cuanto afirmaba que distinguir entre objeto intencional por un lado y objeto real por otro, conduce a un contrasentido.

2.5. El existencialismo: la superación de la metafísica de la subjetividad

La radicalización de la fenomenología producida por el existencialismo, filosofía que Cossio también estima como fuente de su egología ³², conduce ya de un modo concluyente a la superación de la subjetividad que acontece en el itinerario que lleva desde Descartes a Husserl.

³² Ver nota 20.

El contacto entre la egología y la filosofía existencial exige previamente una breve extracción al menos del pensamiento heideggeriano en lo atinente a nuestro tema, con el objeto de exponer la idea en ciernes.

El ser constituye el tema central de la filosofía de Heidegger, cuestión abordada en *El ser y el tiempo* con la observación inicial de que la pregunta que interroga por el ser está caída en el olvido y que se ha desarrollado un dogma que no sólo declara superflua la pregunta sino que encima se dice que el “ser” es el más universal y vacío de los conceptos³³. El olvido del ser también se caracteriza porque en rigor nunca se ha preguntado por el ser mismo puesto que se lo ha entendido como ente. Ser no es lo mismo que ente, sino lo que determina al ente como tal, lo que entifica.

La metafísica no se ha ocupado sino del ente, y del ser sólo en la medida en que hablar del ente implica a la vez de algún modo ocuparse del ser, pero no se ha ocupado del ser como tal en su diferencia respecto del ente: la metafísica no ha pensado la diferencia -la diferencia ontológica-, entre ente y ser, aquello que a la vez los une y separa³⁴.

En Heidegger el tema central es el sentido del ser en general, pero como este problema se plantea en este ser que somos nosotros mismos, el análisis debe aplicarse ante todo a la existencia, como condición previa para el planteamiento de la pregunta por el ser, lo cual a su vez explica la denominación: filosofía existencial.

En *El ser y el tiempo* busca su autor un punto de partida del camino que emprenderá y se pregunta ¿En qué ente debe leerse el sentido del ser, de qué ente debe tomar su punto de partida el proceso que nos abra el ser?³⁵. Es decir, hacia dón-

³³ Martin HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, traducción de José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, tercera reimpresión argentina, 1991, pág. 11.

³⁴ Adolfo P. CARPIO, “La pregunta por el ser...”, pág. 66.

³⁵ Adolfo P. CARPIO, “La pregunta por el ser...”, pág. 16.

de formular la pregunta por el ser. Entonces aparece la idea del Dasein. Este ente que somos en cada caso nosotros mismos y que tiene, entre otros rasgos, la “posibilidad de ser” del preguntar, lo designamos con el término “ser ahí”³⁶.

Es a este ente a quien debe dirigirse la pregunta puesto que los demás entes no nos dicen lo que ellos son³⁷. El es el ente que comprende el ser, dice Heidegger: “*La comprensión del ser es ella misma una “determinación de ser” del “ser ahí”*”. *Lo ónticamente señalado del “ser ahí” reside en que éste es ontológico*”³⁸. Es decir, que la característica óntica del hombre, es la de ser ontológico³⁹.

Pero a este ente, en *El ser y tiempo* se le señalan determinaciones: el yo y la existencia⁴⁰. La segunda determinación expresa la idea de existencia humana, distinta del término tradicional *existentia* que quiere decir ontológicamente “ser ante los ojos”, una forma de ser que por esencia no conviene al ente del carácter del “ser ahí”, el término existencia se reserva como determinación del ser, para el “ser ahí”. La “esencia” del “ser ahí” está en su existencia⁴¹.

Ahora bien, conforme lo expresa Cruz Vélez ¿Dónde debe comenzar el análisis?

¿En el yo o en la existencia? Este es el tema del § 25 de *El ser y tiempo*, en el cual Heidegger mantiene un puro diálogo con su maestro Husserl, aunque sin nombrarlo expresamente, y comienza a liberarse de él poniendo en marcha la superación de la metafísica de la subjetividad. Si se elige el yo

³⁶ Martín HEIDEGGER, , *El ser y el tiempo...*, pág. 17.

³⁷ Confr. Carlos COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1967, pág. 365.

³⁸ Martín HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 22.

³⁹ Carlos COSSIO, *El derecho en el derecho judicial...*, pág. 365.

⁴⁰ Danilo CRUZ VÉLEZ, *Filosofía sin supuestos*, Buenos Aires, Sudamericana, 1970, pág. 173.

⁴¹ Martín HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 54

como punto de partida, la analítica acaba por convertirse en un examen de los fenómenos subjetivos. Esto fue lo que ocurrió en el camino que va de Descartes a Husserl, quien lleva el cartesianismo a su meta al convertir la egología en una fenomenología de la conciencia. Heidegger rechaza semejante punto de partida, basándose primeramente en la índole del resultado a que conduce ⁴².

La existencia ya no designa el estar ahí de una cosa gracias a la realización de una esencia, sino el ex-sistere en que consiste el Dasein, esto es, el estar fuera de sí proyectándose hacia sus posibilidades. Este carácter extático del Dasein que expresa la palabra *existencia* alude a ese estar en juego el ser del Dasein, pues lo que él llega a ser depende de su estar abierto a sus posibilidades eligiendo unas y dejando de lado otras, acertando en la elección o fallando en ella. De acuerdo con este modo de ser, siempre en juego, el hombre no tiene sus determinaciones como la cosa tiene sus propiedades. Estas las tiene la cosa ya prefijadas, desde siempre, en su esencia. Las determinaciones del Dasein, en cambio, resultan del comportamiento frente a sus posibilidades ⁴³.

El vocablo “existencia” denota esa relación-al-ser que constituye el ser del hombre, señalando que el Dasein es un ente que ostenta en su más peculiar ser el carácter de “estado de no cerrado”, el “estado de abierto” ⁴⁴, la apertura al ser y, en consecuencia, a los entes. El “ahí” (Da) donde el “ser” (Sein) se manifiesta, de acuerdo a la traducción literal del término “Dasein”, indica asimismo que se halla siempre referido a un lugar y tiempo determinados, que su ser sólo “ahí” puede realizarse, y equivale a decir que es en el mundo. Ser en el mundo y Dasein son equivalentes.

⁴² Danilo CRUZ VÉLEZ, *Filosofía sin supuestos...*, págs. 172-174.

⁴³ Danilo CRUZ VÉLEZ, *Filosofía sin supuestos...*, págs. 179-180.

⁴⁴ Martin HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 149.

El “en” del “ser-en-el-mundo” tiene fundamental importancia para nuestra investigación y no debe ser desinterpretado toda vez que el “ser-ahí” no está en el mundo como un líquido en un recipiente, no se opera una relación de contenido a continente, de presencia espacial, estar “uno en otro”⁴⁵ sino de carácter intencional, retomando la idea de Husserl, aunque no ya referida al conocimiento sino originaria y de presencia activa. El elemento estructural “en” se refiere a la relación establecida entre el ser ahí y los entes con que trata, no tiene sentido espacial, sino que trasunta el modo de relacionarse entre el Dasein y las cosas, personas, estados, estructuras, procesos, actividades de su mundo.

Mas sujeto y objeto no coinciden con “ser ahí” y mundo⁴⁶. No hay una relación primaria de conocimiento entre sujeto cognoscente y un objeto conocido. Lo primario no es esta relación porque el conocimiento se funda en el “ser en el mundo”, que es la relación originaria, no el conocimiento como lo entendió la filosofía desde Descartes a Husserl, porque el conocimiento sólo es posible como una derivación del ser-en, como un modo fundado en él. El conocimiento es un modo del “ser ahí” fundado en el “ser en el mundo”⁴⁷. El hombre no es en principio sujeto ni conciencia. El concepto del hombre como subjetividad o conciencia es una idea equivocada en tanto omite el fenómeno primario del “ser en el mundo”, de la existencia.

Es decir, que la conciencia de algo del subjetivismo se refiere a un “algo” que es nada más que conciencia en sí, un contenido en ella, cerrada, autosuficiente, mutilada de su ser-en. La intencionalidad supone la existencia, el ser-en-el-mundo, porque para que pueda haber relación sujeto-objeto debe primero darse la existencia como apertura al ser y a los entes.

⁴⁵ Martin HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 66.

⁴⁶ Martin HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 72.

⁴⁷ Martin HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 75.

Queda disuelto así el problema no resuelto por el subjetivismo de la inmanencia, de cómo el sujeto sale de sí, puesto que no tiene necesidad de ello desde que el Dasein se encuentra junto a los entes del mundo, no a percepciones, estimaciones o intelecciones. Por ejemplo, si veo la pared blanca, no veo mi sensación blanca sino la cosa blanca, ahí fuera, la sensación la experimento, no la percibo.

Al “dirigirse a...” y “aprehender”, no sale el “ser ahí” de una esfera interna en la que empiece por estar enclaustrado, sino que el “ser ahí” es siempre ya, por obra de su forma de ser primaria, “ahí fuera”⁴⁸. La intencionalidad que en Husserl unía cognitivamente el ego con sus *cogitata*, por mediación de las cogitaciones, en Heidegger relaciona en forma originaria el Dasein y el mundo, que desaparecerían sin la intencionalidad.

El acto intencional es necesariamente anterior al estado de abierto en el sentido de una mismidad inmediata y a la vez mediadora que lo hace posible; pero el estado de abierto es sin duda una condición previa y necesaria para ese acto, una condición sobre la que Husserl no podía reflexionar desde el momento en que la había puesto entre paréntesis con la abstención y que el hecho hermenéutico originario, el ser en el mundo, devolvía al análisis. El estado de abierto no suprime la esfera de inmanencia alcanzada por Husserl, aunque sí la supera en la medida en que no se apela a la abstención⁴⁹.

Ortega, fiel a la idea de la cortesía que predica presenta la cuestión con claridad, explicando que los actos vividos son intencionales puesto que yo pienso, quiero, veo o me encuentro con algo, pero sin abstención alguna. En rigor sólo hay conciencia en la realidad radical que es la vida de cada cual.

⁴⁸ Martin HEIDEGGER, *El ser y el tiempo...*, pág. 75.

⁴⁹ Konrad HOBE y Abel O. PUGLIESE, “La lógica de E. Lask como transición entre la teoría del juicio en H. Ricker y el concepto de verdad en M. Heidegger”, en Cuadernos de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, N° 15-16, 1971, págs. 122-123.

Ni las cosas, ni el yo, sino el quehacer del yo con las cosas, que llamamos vida. Si hubiera cosas únicamente, nada tendría sentido, las cosas no tienen sentido para ellas. No puedo hablar de cosas sin yo; pero tampoco de un yo sin cosas.

No existe, como pensaba el idealismo, una superioridad del yo sobre las cosas, ni a la inversa, como creía el realismo. El yo no es la realidad primaria, ni única, pues la realidad radical es el quehacer del yo con la circunstancia, que constituye nuestra vida.

Si la existencia no hiciese posible la claridad en que aparecen los objetos, la intencionalidad no tendría ningún *intentum* al cual apuntar ⁵⁰, y el juicio normativo ⁵¹ no tendría aquello a que apunta, la situación a que se refiere: **la conducta**.

A su vez, la concepción cossiana de que la norma es parte de la conducta misma ⁵² y de inmanencia del pensamiento en la conducta ⁵³, considero que no es posible compartirla incluso debido a la insatisfactoria concepción corriente o tradicional de verdad, señalada por Heidegger, definida como la coincidencia, conformidad, concordancia, correspondencia o adecuación de la cosa al conocimiento (*veritas est adaequatio rei et intellectus*), o bien, como adecuación del conocimiento a la cosa (*veritas est adaequatio intellectus ad rem*). Una no es la mera conversión de la otra ⁵⁴.

En el primer error incurre Kelsen al absorber la conducta en la norma excluyendo a aquella del conocimiento

⁵⁰ Danilo CRUZ VÉLEZ, *Filosofía sin supuestos...*, pág. 205.

⁵¹ A diferencia del juicio enunciativo, cuya función específica es enunciar, el juicio normativo tiene por función específica imputar, pero ambos tienen la función genérica de significar (Juan Carlos SMITH, "Norma jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XX, Buenos Aires, Omeba, 1965, pág. 350).

⁵² Ver nota 10.

⁵³ Ver nota 12.

⁵⁴ Martin HEIDEGGER, *¿Qué es metafísica?*, trad. Xavier Zubiri, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1974, pág. 111.

jurídico ⁵⁵, y en el segundo lo hace Cossio que realiza la reducción inversa, mas el error no es tan profundo pues la egología no excluye a la norma del conocimiento jurídico dado que tematiza sobre ella -como se anticipó en el § 2.3.-, aunque en definitiva la funda en la conducta. Ahora bien, aquella adecuación, coincidencia o conformidad ¿qué significa? Esto es lo que se pregunta Heidegger, explicando su planteo con el ejemplo del enunciado: esta moneda redonda. Aquí lo que se dice es que la proposición coincide con lo mentado por ella. Pero ¿en qué coinciden el intelecto y la cosa?

Heidegger insiste ¿En qué han de coincidir la cosa y el enunciado cuando los términos relacionados son abiertamente distintos en su aspecto? La moneda es de metal. El enunciado no es, como tal, material. La moneda es redonda. El enunciado no tiene, como tal, la forma espacial. Con la moneda se puede comprar algo. El enunciado acerca de ella nunca es un medio de pago. Como puede apreciarse, el único modo de que el enunciado coincida con la cosa, pese a su desigualdad o desemejanza, según el criterio corriente de verdad, es que el enunciado se convierta en moneda, renunciado por completo a sí mismo. Pero el enunciado nunca logra esto. En el momento que eso ocurriera, el enunciado, como enunciado, ya no podría coincidir con la cosa. En la adecuación el enunciado debe seguir siendo, por su persistencia en su esencia, no puede adecuarse a lo otro, a la cosa ⁵⁶.

La reductibilidad de la norma a la conducta sería lo mismo que sostener su inautenticidad, pues, como resulta de Ortega, por repertorio de realidades auténticas ha de entenderse cuanto no es ya reductible a alguna otra realidad ⁵⁷.

⁵⁵ Ver nota 15.

⁵⁶ Martin HEIDEGGER, *¿Qué es metafísica?...*, págs. 114-115.

⁵⁷ José ORTEGA Y GASSET, *El hombre y la gente*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, pág. 22.

Estrechamente vinculada a esta cuestión se halla la idea ya aludida de que para Cossio el objeto pensado mediante la norma es la conducta real. La Egología, se refiere a la Ciencia Dogmática como una ciencia de realidades⁵⁸ y alude a la Ciencia del Derecho en tanto ciencia de realidades⁵⁹ y en otra obra señala Cossio como segunda tesis egológica que la conducta jurídica es perceptible y agrega que el derecho como conducta se trata de una experiencia de realidades, que requiere una especificación sensible, es decir, que ha de corresponder con una percepción del mundo externo y menciona un análisis efectuado por Husserl en la Vª de sus *Meditaciones cartesianas*, que considera concluyente⁶⁰.

Esta tesis de la conducta jurídica perceptible obedece a que Cossio trasvasa a su teoría, pero ahora con mayor énfasis, la posición fundamentalmente nueva que alcanza Husserl en la cuestión de la trascendencia y que Szilasi ubica, en particular, en la fase final de las *Meditaciones cartesianas*. De tal modo, se evidencia aún más la contradicción de la teoría que impropriamente reduce la norma (conocimiento) a la conducta real o efectiva, lo que únicamente puede admitirse, al solo efecto de evitar la incoherencia, si tal conducta se interpreta como objeto intencional, puesto que la imposibilidad de adecuación de desigualdades, y por ende su irreductibilidad, ha sido convincentemente puesta de manifiesto por Heidegger⁶¹.

Goldschmidt avala en cierto modo mi crítica a la egología en lo atinente al tema precedentemente expuesto, cuando

⁵⁸ Carlos Cossio, *La teoría egológica* ..., págs. 49 y 51, por ejemplo.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 260.

⁶⁰ Carlos Cossio, *Radiografía...*, pág. 153.

⁶¹ En el § 2.4. señalamos que Husserl en *Ideas* dice que es un contrasentido distinguir entre objeto intencional y real, pero también se pudo advertir que ello es consecuencia de su reducción fenomenológica, que con el tiempo va perdiendo rigidez con la caracterización de la conciencia como receptividad activa, según la interpretación que Szilasi realiza de la obra de su maestro. Más aún en el existencialismo tal supuesto contrasentido es impensable toda vez que Heidegger no reduce.

dice al respecto que: al aludir... a la conducta en su interferencia intersubjetiva, la referencia no se hace a la interferencia en su aspecto objetivo sino a la interferencia en su imagen subjetiva, a la interferencia intencional del individuo que lleva a efecto la conducta ⁶². También Arístegui, dice que en la egología el tema filosófico del “objeto” se agota en la de ser una referencia del “sujeto” del juicio ⁶³. Sin embargo, ninguno de ellos ha desarrollado o explicitado las razones de sus afirmaciones, hipótesis que creemos haber fundado en el presente trabajo.

En suma: sea Husserl interpretado de acuerdo al análisis de Szilasi, o bien, en consideración al existencialismo en su radicalización de la fenomenología y superación de la subjetividad, parece claro que la egología pese a su raíz fenomenológico-existencial no acompaña la evolución de esta corriente al quedar detenida en la idea clásica de inmanencia, y como consecuencia de ello, dejando la norma absorbida en la conducta, retaceándole singularidad propia.

Este ser en sí de la norma jurídica, no reductible a otro ente, queda puesto en evidencia así también por su índole conceptual, apriorística e independiente en consecuencia de la experiencia.

A mi modo de ver, la singularidad de la norma jurídica resulta de las palabras del propio Cossio cuando sostiene que el derecho no existe así, a secas, siendo el derecho en bulto y nada más. El derecho existe o como facultad o como prestación o como entuerto o como sanción, que son sus modos de ser. La norma jurídica juega un papel constitutivo del modo

⁶² Werner GOLDSCHMIDT, “La teoría egológica y la tridimensionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, 1965-V, 1965, pág. 78 y en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, pág. 458.

⁶³ Abel J. ARÍSTEGUI, *Oposiciones fundamentales a la teoría egológica del derecho*, La Plata, Editora Platense, 1967, pág. 147.

de ser, pero no del ser del derecho ⁶⁴. La norma o estructura lógica no constituye un elemento de la experiencia jurídica en tanto aquella es *a priori* de esta última. No implica esto soslayar la correlación habida entre la experiencia y sus modos de darse, pues, siendo la norma la estructura conceptual que organiza el material empírico, es necesaria para la constitución de la experiencia jurídica.

⁶⁴Carlos Cossio, "La polémica anti-egológica (Respuesta al profesor Hans Kelsen)", en *La Ley*, 76, 1954, pág. 749 y también "¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?" en *La Ley*, 52, 1948, pág. 1080.

CAPÍTULO 3

EL LIBRE ALBEDRÍO

3.1.1. La conducta es libre

En el § 1.1. recordamos que para la egología el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva y que Hall, por ejemplo, también lo define como conducta, aunque como veremos su concepto difiere fundamentalmente en uno y otro autor. En el § 2.3. reiteramos que el afirmar algo de algo, el juicio, exige necesariamente ese algo acerca del cual la norma dice algo y que para la egología es la conducta. Se destacó también que -según Cossio- las normas son los juicios adecuados para conceptualizar la libertad metafísica fenomenalizada en que consiste la conducta.

A su vez, para Reale el hecho aludido por el tridimensionalismo jurídico es un hecho humano de conducta¹ y toda conducta humana, según Herrera Figueroa, es esencial, existencial y realmente libertad fenomenalizada².

¹ Así lo afirma Cossio, citando la obra de Miguel REALE, *Filosofía do Direito*, Sao Paulo, Brasil, 2ª edición, 1962, págs. 631 y 632; SARAIVA, en “Crítica egológica al tridimensionalismo jurídico”, en *La Ley*, t. 147, 1972, pág. 1363.

² Miguel HERRERA FIGUEROA, *Filosofía de los valores*, Buenos Aires, Leuka, 1997, pág. 83.

La libertad metafísica no es la libertad social o civil, de John Stuart Mill, referida a la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer la sociedad legítimamente sobre el individuo ³. Metafísica es la toma de posición que se adopte respecto de la pareja libertad-necesidad ⁴.

Ahora bien, para la egología el derecho es conducta, es decir, libertad metafísica fenomenalizada y elude toda referencia a la libertad metafísica colocada en un transmundo más allá de toda posible experiencia. Nos referimos, dice Cossio, a la libertad metafísica pero sin escaparnos del mundo y para aludir a ella de esta manera, acaso no haya en nuestro idioma un vocablo más adecuado y más simple que el de **conducta**, cuyo sentido fenoménico es harto patente ⁵.

Desde otro enfoque, Jerome Hall sostiene que la conducta no es una entidad misteriosa o trascendental u originada en la filosofía existencial ⁶. Hall, dice David, se coloca en la perspectiva teórica, representada por el conocimiento sociológico-jurídico. Porque cualquiera sea la característica central de lo jurídico, para el sociólogo jurídico debe ser un **dato observable y susceptible de descripción**. Entonces la noción de conducta como lo central del derecho no es el concepto del filósofo sino el del sociólogo jurídico que **conoce y describe**. Aporta el ejemplo de las comunidades primitivas, donde en ausencia de toda normación o codificación, las conductas se encuentran ordenadas y jerarquizadas de

³ John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, trad. Pablo de Azcárate, Madrid, Sarpe, 1984, pág. 27.

⁴ José VILANOVA, *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1984, pág. 355.

⁵ Carlos COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1964, págs. 657-658

⁶ Pedro R. DAVID, "Bosquejo de la jus-filosofía integrativa de Jerome Hall", *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, 1961-I, Buenos Aires, 1961, pág. 5 y *Sociología criminal juvenil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pág. 4.

modo tal que hay conductas que realizan ciertos actos que son considerados delictuales ⁷.

Pero volviendo a la egología y a las teorías que comparten el mismo concepto de conducta, debe señalarse que la naturaleza de la condición de esta última ha sido cuestionada precisamente por un conspicuo discípulo del creador de la egología, me refiero a José Vilanova, quien relata el comienzo de sus dudas juveniles al respecto de la siguiente manera: “*Cossio enseñó que el derecho es conducta y ésta libertad metafísica ‘fenomenalizada’*. Y esto no terminaba yo de entenderlo. ¿Cómo algo de todos los días, el ejercicio permanente que hacemos de nuestra libertad, podía equipararse con los nómenos, que no son de este mundo? Yo me rebelaba. Recuerdo haber remedado a Orwell diciendo que este nómeno es menos nómeno que los demás” ⁸.

La referida rebeldía lleva a su portador a intentar fijar algunas nociones elementales para evitar malentendidos. Como, por ejemplo, la tendencia general a pensar el libre albedrío como algo «total» y acercarlo así peligrosamente a la noción de omnipotencia, pareciéndole preferible hoy tratar como sinónimos libertad, libre arbitrio y libre albedrío ⁹.

En lo que sigue de este capítulo intentaré brindar un panorama de la concepción libertaria (concepción de libertad sin gobierno ni ley) de la acción de Vilanova, aunque circunscripto a aquellos temas conducentes esencialmente al cumplimiento de uno de los objetivos de este trabajo, consistente en tender canales de comunicación y colaboración entre teorías que considero afines (*V. infra § 5.1.*) ¹⁰.

⁷ Pedro R. DAVID, “Bosquejo...”, pág. 5 y *Sociología criminal juvenil...*, pág. 4.

⁸ José VILANOVA, *Tratado sobre el libre albedrío - Una concepción libertaria de la acción*, Buenos Aires, Ediciones del autor, 1998, pág. 13.

⁹ José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 23-24.

¹⁰ No se trata de una síntesis de la obra citada en la nota precedente sino de un panorama, como aclaro en el texto principal, realizado con la limitación también allí señalada, proceder que se justifica primordialmente porque la obra en cuestión no se encuentra en

El autor de la citada obra dice que se ha ocupado del tema de la libertad dado que el objeto de estudio de las ciencias sociales es la conducta, la acción humana. Esta, por su parte es el ejercicio de la libertad (o libre arbitrio). Por lo tanto, la libertad es el supuesto óntico u ontológico, de las ciencias sociales. La demora a conectar el tema de la libertad con las ciencias sociales responde, según Vilanova, al temor reverencial que suscitaba, y suscita aún, el tema del libre arbitrio, que llevó a considerar que éste era un tema metafísico -quizá religioso- y a ignorar el aspecto empírico del tema de la libertad ¹¹.

3.1.2. Determinismo e indeterminismo

En un proceso no hay libertad cuando los estadios anteriores en el tiempo determinan totalmente lo que va ocurriendo en los estadios posteriores. En cambio hay libertad cuando lo anterior no es cierto. La palabra “totalmente” tiene mucha importancia, puesto que la aporía de la libertad ha sido mal empleada sobre una falsa opción: o bien hay una determinación total, o bien hay una libertad total. Ninguno de esos extremos es correcto para describir lo que sucede con la conducta humana ¹², puesto que el tercer término se da y consiste en la tesis de que el hombre goza de una libertad limitada ¹³. Es decir, la vida humana se realiza dentro de situaciones -algunas de ellas- condicionantes, pero no determinantes.

librerías ni tampoco en bibliotecas públicas debido a la distribución restringida y en cadena impuesta por el autor. De ahí que el lector deba soportar más transcripciones que las usuales, efectuadas con el objeto de hacer posible la introducción de un tema que un análisis tridimensional del derecho no puede dejar de lado, al menos para posibilitar el diálogo entre la distintas corrientes iusfilosóficas que consideran a la conducta en la constitución del derecho.

¹¹ José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 235-236.

¹² José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 26.

¹³ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 358.

3.1.3. La libertad como dato

Kant propuso a la libertad como un postulado de la razón práctica; para que la ley moral tenga sentido es necesario postular la existencia de la libertad. Kant puso al desnudo así de una vez para siempre la relación necesaria entre norma y libertad. Pero lo que no resulta convincente en la doctrina de Kant es que la libertad, sea meramente “postulada” por la razón¹⁴. Esto significa que el autor discrepa con la elusión cossiana de toda referencia a la libertad metafísica colocada en un transmundo más allá de toda posible experiencia (*V. supra § 3.1.1.*)

La libertad está en lo más inmediato, en lo dado en el mero vivir y hacer. Sin embargo, la libertad no es objeto de intuición y es por ello que hay alguna dificultad en verla. La libertad no puede ser objeto de intuición sencillamente porque no se la puede destacar en la intuición como objeto, pues ella es el fondo sobre el que se destaca cualquier objeto de la reflexión propiamente dicha (intuición interna). Así como el mundo es el fondo sobre el cual se destaca cualquier objeto de la percepción (intuición externa)¹⁵.

3.2. El conocimiento científico-filosófico

La filosofía se caracteriza como afición al saber y por su carácter totalizador. Pero también la religión o el mito son totalizadores, de modo que la primera nota es la decisiva en la noción de filosofía¹⁶. Esta afición a la sabiduría nace junto con la ciencia y constituye la tradición grecooccidental, a diferencia de la tradición indooriental en la que si bien hay algo parecido a una afición a la sabiduría no hace una *epojé* cienciomundana, pa-

¹⁴ José VILANOVA, *Elementos...*, pág. 29.

¹⁵ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 29.

¹⁶ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 67.

recida a la reducción fenomenológica pero diferente en cuanto es permanente pues lo puesto entre paréntesis es descartado porque cae fuera del interés filosófico. Con esta reducción se delimita el campo de competencia filosófico de otros campos de competencia. Por ejemplo, la reducción desmitificadora prescinde de los mitos en el discurso filosófico, la reducción anouménica que descarta los nóúmenos incognoscibles y también corre una reducción arreligiosa ¹⁷. Desde la escuela jónica, desde Tales de Mileto hasta nuestros días, científicos y filósofos han trabajado mancomunadamente en decir cómo es el mundo, este mundo, en un discurso que se va atesorando como **conocimiento científico-filosófico (CCF)** ¹⁸. Este **CCF** excluye la consideración del más allá y de los **nóúmenos**, en el sentido de incognoscible que le da Kant. Nada impide que el **CCF** trate de **cosas en sí**, como, por ejemplo, partículas subatómicas ¹⁹, tales como, neutrones, protones, electrones, que el científico conoce de un modo indirecto, como un perito, que por sus consecuencias conoce las causas aunque no haya estado en el lugar del hecho.

Para informar sobre estas cosas en sí, el **CCF** dispone de teorías a explicar, con su auxilio, los **fenómenos**. Ambos, nóúmeno y fenómeno, son parte, por hipótesis, de este mundo. Y, por lo tanto, en principio, cognoscibles, aunque quizá difíciles de conocer. Pero Kant pensaba que sólo podían conocerse los fenómenos, ¿en los cuales la subjetividad había dejado su impronta? y que los nóúmenos (para él, Dios, el alma inmortal y la libertad) eran incognoscibles. De estos nóúmenos extramundanos no se ocupa el **CCF**. Por otra parte, la libertad, algo que ocurre en los animales cerebrados, no es nóúmeno, en ninguno de los dos sentidos de la palabra ²⁰.

¹⁷ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 67.

¹⁸ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 61.

¹⁹ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 55.

²⁰ José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 55-56.

3.3.1. El concepto de libre arbitrio

La fenomenología pone de manifiesto que siempre que decidimos tenemos *motivaciones* para hacerlo de una u otra manera y que el libre arbitrio funciona como una especie de *arbitraje* entre esas motivaciones en conflicto. Este concepto se desarrolla en una teoría rudimentaria que ubica el tema ontológicamente en los animales cerebrados en general y, más precisamente en el hombre ²¹.

Al tratar de elucidar si hay libre arbitrio en este mundo nos encontramos con el plato filosófico más fuerte: la compatibilidad o incompatibilidad de ese libre arbitrio con la necesidad -el determinismo universal- que se supone que rige los acontecimientos de este mundo ²². Así por ejemplo, Kant trató de compatibilizar el libre arbitrio con la causalidad, que reinaba para él sin excepción sobre todos los fenómenos. Creyó lograr esta compatibilización negando el carácter de fenómeno a la libertad. Pero, se pregunta Vilanova ¿por qué habría uno de aceptar esos términos cuando uno no cree en la *causalidad como categoría* kantiana, una estructura necesaria de entendimiento, aplicable como tal a todos los fenómenos? ²³.

3.3.2. Tipos de libertad

3.3.2.1. La libertad (negativa) como ausencia de determinación exterior

El primer requisito de nuestro concepto de libertad es que la acción sea *elegida* por el agente; ello supone que ten-

²¹ José VILANOVA,, *Tratado...*, José, pág. 74.

²² José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 74.

²³ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 76.

ga su comienzo en el interior del mismo. Hasta aquí la libertad negativa es condición necesaria, pero quizá no suficiente, de la libertad ²⁴.

Con el objeto de aclarar el concepto parece conveniente mencionar que fue Isaiah Berlin quien distinguió, dentro del ámbito de la política, entre libertad negativa, como ausencia de determinación exterior, y libertad positiva, o de hacer. Ejemplos: si alguien puede trabajar, no es sólo porque la Constitución consagra la libertad de trabajo sino también porque consiguió trabajo o si alguien puede caminar no es sólo porque tiene libertad ambulatoria y no está atado sino porque además tiene piernas que le permiten desplazarse caminando.

3.3.2.2. *Lo exterior y lo interior del agente*

Si nos tira un caballo o nos arrastra una multitud, no hablamos de libertad ni de acción intencional. Distinto es el caso en el que cedemos a una amenaza o coacción, ya que **nosotros preferimos** entregar la bolsa a que nos arranquen la vida ²⁵. Recordamos el adagio latino: *coactus voluit, sed voluit* (lo quiso por coacción, pero lo quiso).

El color de la piel, la inteligencia natural de un individuo, sus instintos, están determinados muy probablemente desde antes de su concepción. Los instintos, para hablar del ítem más importante, son propios de la especie animal del individuo agente. Pero ellos no determinan por sí mismos ninguna conducta, ninguna acción intencional. Los instintos son responsables, eso sí, de ciertas motivaciones que serán parte de las motivaciones en conflicto que constituyen el ámbito propio del ejercicio de la libertad. Ese interior del agen-

²⁴ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 82.

²⁵ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 83.

te, es algo que merece investigarse ²⁶. A esta investigación se refiere Vilanova cuando dice que la renuencia a tratar el planteo ontológico, obedece a que se considera erradamente, que éste es un tema “metafísico”, es decir, intratable ²⁷.

La ausencia de determinación exterior no debe tomarse como ausencia total. La jaula, por ejemplo, impide al tigre deambular por el zoológico pero no recorrerla por dentro ²⁸.

La determinación exterior debe ser física o fisicoquímica: una pared, un veneno, una cerradura, etc.. Todo otro tipo de determinación pasa primero por la mente del agente y así pierde su carácter de determinación exterior y pasa a integrar el ámbito motivacional. Desaparece el rigor causal: la causa pasa a ser mera influencia, ya que las “motivaciones” son el ámbito o espacio de juego, propio del *libre arbitrio*; lo que ha de ocurrir se encuentra causalmente indeterminado y abierto así a la determinación por agencia ²⁹.

3.3.2.3. *La autodeterminación o libertad positiva*

Ambas se identifican entre sí y con la noción de libre arbitrio. Pero aunque ejercemos constantemente nuestro arbitrio, nos ponen en aprietos si tenemos que explicarlo, tal como dijo San Agustín del tiempo. El acto es el resultado de una deliberación en la que hemos sopesado las ventajas e inconvenientes en función de nuestras **motivaciones**, que no se identifican con el **yo** que delibera y decide ³⁰.

Para explicar en qué consiste el libre arbitrio tendremos que distinguir entre el interior del agente y una parte calificada de ese interior, el yo.

²⁶ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 83.

²⁷ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 82.

²⁸ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 84.

²⁹ José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 84-85.

³⁰ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 85.

Si un acto está exteriormente determinado, o sea, si le falta la libertad negativa, condición necesaria pero no suficiente de la libertad, ésta queda excluida. Pero si no está determinado exteriormente es objeto de determinación interior. Para que haya autodeterminación, determinación interior o libre arbitrio se necesitan las motivaciones y un centro de decisión, el “yo”, que las tiene en cuenta para *arbitrar* entre ellas ³¹.

3.3.2.4. *La doctrina clásica del autodeterminismo y la paradoja de Crisipo*

“*Puedo hacer lo que quiero, pero no puedo querer en forma diferente a como lo hago*”, esta es la paradoja de Crisipo ³² (304-208 a. de C.), tercer fundador de la escuela estoica.

Schopenhauer dijo a su vez: “*Un hombre puede hacer lo que quiere pero no puede querer lo que quiere*”. Esta frase me bastó desde la juventud, dijo Einstein, justificando el siguiente raciocinio: No creo en absoluto en la libertad del hombre en un sentido filosófico. Actuamos bajo presiones externas y por necesidades internas ³³.

Para este autodeterminismo clásico soy libre si puedo hacer lo que he deseado: el que mi mente sea a su vez el efecto causal de alguna otra cosa no viene mayormente a cuento; lo único que importa es que mi conducta tiene como condición necesaria mi propia elección consciente ³⁴.

Este autodeterminismo clásico sostiene que los caracteres, la estructura de la personalidad, las emociones, las

³¹ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 86.

³² José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 88 y 95.

³³ Albert EINSTEIN, “Mi visión del mundo”, artículo publicado en Nueva York en 1930, incluido en la compilación *Textos para pensar*, Editorial Perfil S.A., 1996, pág. 127.

³⁴ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 87.

actitudes, tienen un decisivo papel en lo que sucede. Soy libre si puedo hacer lo que quiero. Pero ***mi elección está determinada causalmente***. Esta opinión clásica la considera Vilanova simplemente una variante de la tesis general determinista ³⁵.

3.3.2.5. *La falacia idiosincrásica*

Un animal cerebrado no es el conjunto de todas sus acciones constitutivas de su notas componentes (connotación). A un individuo, por ejemplo, Nelson Mandela o Jenny la perra de mi hijo, se lo designa (denota) bajo sus nombres propios, pero no se los connota. No son entes parmenídeos o compactos. En esto consiste la falacia idiosincrásica, puesto que los animales cerebrados son seres muy complejos, compuestos por billones y billones de células y una estructura nerviosa de mando o control, no del todo unificada por un sistema nervioso central ³⁶.

Por mi parte, recuerdo que en física moderna Heisenberg enunció en 1927 el principio de incertidumbre: el comportamiento de una partícula física elemental no puede determinarse en forma precisa. Los electrones, núcleos atómicos, átomos, moléculas y otras cosas de este tipo se comportan legalmente, pero sus leyes son probabilísticas, a diferencia de las leyes de movimiento de la física clásica.

Adviértase, dice el autor cuya concepción libertaria de la acción comentamos, que no negamos que el carácter tenga influencia en los actos de un agente, influencia que podría llegar -junto con el estímulo adecuado- a ser decisivamente causal. Así, por ejemplo, un hombre violento reaccionará con violencia ante un insulto proferido por alguien más débil. Pero esto vale para ***algunos actos***, no para todos ellos. Esta de-

³⁵ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 88.

³⁶ José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 88-89.

terminación de todas las acciones de un agente se consigue solamente cometiendo la falacia idiosincrásica ³⁷.

3.3.2.6. *Carácter empírico del libre arbitrio*

Dado que **denota** (conductas) “libre arbitrio” es un concepto de tipo **empírico** o sintético, según la terminología utilizada por Vilanova. Para saber su valor de verdad o falsedad en cada caso tendremos que acudir a la experiencia ³⁸.

Esta caracterización del concepto de libre arbitrio como sintético o empírico establece la competencia específica de la ciencia para pronunciarse sobre si hay o no tal cosa en este mundo y dónde la hay u ocurre. La biología, la etología, las ciencias sociales y/o humanidades tendrán toda la competencia para pronunciarse al respecto ³⁹.

Cabe aclarar que la conducta en tanto fenómeno también es empírica para Cossio, la libertad metafísica se exterioriza como conducta en el mundo fenoménico, lo que ocurre es que por fidelidad a Kant la egología ortodoxa elude toda referencia a la libertad metafísica colocada en un transmundo más allá de toda posible experiencia ⁴⁰. Esto es rectificado por Vilanova señalando que la libertad es como un *iceberg* del que sólo vemos la punta, el acto voluntario ⁴¹.

3.4. Conclusión

Las reflexiones de Vilanova sobre la libertad, a la que deja de concebir como noumeno para ubicarla en el plano empíri-

³⁷ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 89

³⁸ Isahia BERLIN, *Conceptos y categorías, Ensayos filosóficos*, FCE, México, 1983, págs. 27 a 35, citado por José Vilanova, en *Tratado...*, p. 90.

³⁹ José VILANOVA, *Tratado...*, págs. 91 y 95.

⁴⁰ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 657.

⁴¹ José VILANOVA, *Tratado...*, pág. 75.

co, posibilita, según mi opinión, el diálogo y la colaboración mutua con otras corrientes del pensamiento iusfilosófico, como verbigracia, el integrativismo de Jerome Hall, más arriba referido, sobre todo en cuanto éste entiende que la conducta no es una entidad misteriosa o trascendental u originada en la filosofía existencial sino un dato observable y susceptible de descripción (§ 3.1.1.). La egología, las teorías del derecho de extracción fenomenológica en general y tridimensionalismos como los de Reale y Herrera Figueroa, no deberían encerrarse en sí mismas, a mi modo de ver, pues el diálogo y la remoción de supuestas premisas posibilitan el enriquecimiento recíproco del pensamiento en sus diferentes manifestaciones.

CAPÍTULO 4

LA NORMA JURÍDICA

4.1. ¿Qué es una norma jurídica?

El concepto de norma ha dividido las opiniones en dos grandes vertientes, la que sustenta la identificación de la norma con un imperativo, mandato u orden y la que proclama que aquélla es un juicio o una proposición.

La primera tesis es conocida como imperativista dado que el mandato u orden es una especie de la imperatividad. Con respecto a la segunda, me permito sugerir como denominación alternativa del antiimperativismo la de tesis proposicional con el objeto de evitar la identificación por el opuesto.

4.2. Tesis imperativista tradicional. La norma como mandato. Austin

John Austin, perteneciente a la escuela analítica de jurisprudencia, consideraba que la norma es un mandato y que éste era una declaración de voluntad acompañada de conminación de sanción para el caso de inobservancia ¹.

¹ Enrico PATTARO, *Elementos para una teoría del derecho*, trad. Ignacio Ara Pinilla, Madrid, Debate, pág. 134.

4.3. Crítica

Karl Olivecrona censura la noción de mandato u orden propuesta por Austin porque la orden puede ser apoyada o fortalecida por una amenaza, pero esto -sostiene- es algo secundario. La orden como tal no tiene referencia alguna a valores. Opera directamente sobre la voluntad y a tal fin el acto debe tener carácter sugestivo. La definición de Austin de una orden es errónea porque prescinde de su carácter sugestivo, poniendo el acento en las amenazas que con frecuencia acompañan a la orden, pero que deben ser diferenciadas de la orden misma ². Es decir, Austin pone el acento sobre la amenaza de sanción que actúa sobre el interés y los valores del destinatario. A la inversa, para Olivecrona el mandato opera directamente sobre la voluntad del sujeto, teniendo un poder sugestivo inmediato. La sanción no es lo que convierte a la norma en obligatoria, siendo posible la creación de normas jurídicas válidas sin el establecimiento de sanciones.

Agrega el autor sueco que entre las personas que actúan en el proceso legislativo ninguna ordena ³, esto significa que no ejercen un poder sugestivo directo sobre nadie. Incluso los parlamentarios desconocen los proyectos legislativos que votan puesto que su actividad sólo está dirigida a añadir un voto al total de votos en uno u otro sentido ⁴. Piénsese, por ejemplo, en las sanciones “a libro cerrado” de los cuerpos legislativos, donde sus integrantes suelen desconocer el contenido de los proyectos, mal podrían ordenar lo que no conocen.

Tampoco es una orden el acto de promulgación. El jefe de Estado no ordena nada a nadie cuando promulga una ley.

² Karl OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, trad. Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959, pág. 21.

³ Karl OLIVECRONA, *El derecho como hecho...*, pág. 24.

⁴ Karl OLIVECRONA, *El derecho como hecho...*, pág. 25.

Simplemente coloca su firma al pie de un documento, limitándose a ejecutar un acto prescrito por la Constitución ⁵.

Por su parte, Vilanova concreta las objeciones a la concepción de la norma como orden sobre la base de que ésta es un fenómeno interpsicológico que implica un sujeto emisor, un sujeto receptor, una específica comunicación entre ambos y la posibilidad de obedecerla o desobedecerla, preguntándose inmediatamente después ¿Cuál es el sujeto emisor de las normas consuetudinarias? Lo cual le merece la siguiente respuesta: Estas normas, por su naturaleza, ni siquiera son expresadas sino que están dadas por la efectiva conducta, por ello mal puede hablarse de un «sujeto emisor» en todo el ámbito del derecho consuetudinario.

Las órdenes presuponían una relación entre dos sujetos, resultando absurdo el acto de darse una orden a sí mismo. Tendríamos que los legisladores se habrían dado órdenes a sí mismos. Por otra parte, la generalidad de las normas generales, comprenden, por su duración, a las generaciones venideras, con lo que se estaría ante órdenes dadas a sujetos que no nacieron todavía.

También dice que el requisito de efectiva comunicación y comprensión de la orden en cuanto tal choca con la regla jurídica según la cual la ignorancia del derecho no excusa la obligación de cumplirlo. Si las normas fuesen órdenes esto implicaría que se deben obedecer órdenes que se desconocen, lo que es absurdo ⁶.

4.4. La norma como imperativo independiente. Olivecrona

La orden exige una relación personal entre el emisor y su destinatario que no es accidental sino esencial para la confi-

⁵ Karl OLIVECRONA, *El derecho como hecho...*, pág. 25.

⁶ José M. VILANOVA, *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1984, págs. 157-158.

guración del mandato. El mandato se dirige a persona concreta y tiene por objeto su conducta, siendo por lo tanto personal y concreto. En cambio, la norma jurídica se dirige a una generalidad de personas y regula una acción tipo; es impersonal y abstracta. Los imperativos que no se confunden con los mandatos son aquellos que funcionan independientemente de una persona que los ordena, no se dirigen a una persona determinada y son expresados en forma asertiva.

Precisamente, los imperativos a que alude Olivecrona, no tienen un sujeto activo determinado, no se dirigen a una persona determinada sino a un clase de personas en abstracto y son asertivos.

En definitiva, la imperatividad del mandato caracterizada por poseer un poder sugestivo directo sobre el destinatario no es idónea para conceptualizar a las normas jurídicas, que son imperativas a pesar de que son impersonales, con independencia del poder sugestivo directo que pueda ejercer quien las dicte ⁷. La norma jurídica es un imperativo pese a no constituir un mandato. Por ello, Olivecrona concibe a las normas jurídicas como imperativos independientes ⁸.

El mecanismo psicológico constituye el elemento original y más importante de la concepción imperativista de Olivecrona. En él se refleja la concepción causal del imperativo, y sobre él se plantea la distinción entre norma jurídica y mandato. La diferencia es que en el mandato hay un poder sugestivo inmediato, una relación personal imprescindible entre emisor y destinatario; en cambio, el mecanismo psicológico es independiente de cualquier relación personal, que es accidental en la norma jurídica.

La conducta deseada se obtiene en el mandato por el poder sugestivo inmediato que inviste. En cambio, las normas

⁷ Enrico PATTARO, *Elementos...*, pág. 189.

⁸ Karl OLIVECRONA, *El derecho como hecho...*, pág. 27.

jurídicas actúan sobre una actitud psicológica preexistente consistente en un hábito de obediencia proveniente del cumplimiento de determinados procedimientos formales ⁹.

La concepción de la norma como imperativo independiente explica el funcionamiento del sistema jurídico sobre la base de un condicionamiento psicológico mediante el cual se ejercen influencias determinantes con el objetivo de obtener el cumplimiento de las conductas buscadas.

4.5. El elemento semántico representativo de las normas jurídicas

Este conspicuo representante de la “Escuela de Uppsala” formula una interesante distinción en toda norma jurídica entre el contenido y la forma, que Pattaro explica de la siguiente manera.

El contenido es un conjunto de representaciones imaginativas de tipos de acciones humanas (elemento semántico representativo). Ya que la finalidad del derecho es influir en el comportamiento de los hombres, les debe ser indicado el comportamiento deseado: el legislador se representa un tipo de conducta y lo comunica a los destinatarios para que se acomoden a él.

Si bien es cierto que la técnica verbal legislativa induce a pensar que las normas se refieren a la existencia de derechos, deberes y cualidades jurídicas, tales normas se refieren por el contrario, a acciones humanas, ya que su función consiste en representar situaciones (en las que las acciones requeridas deben ser realizadas) y describir las propias acciones. De este modo, se asocia al elemento imperativo de la norma jurídica (forma) un momento representativo. Esta du-

⁹ Enrico PATTARO, *Elementos...*, págs. 190-192.

plicidad de elementos, según Pattaro, es claramente enunciada por Olivecrona: “*Toda norma contiene dos momentos: la representación de un modo de actuar y una expresión imperativa asociada a ella*”.

Este elemento semántico representativo de las normas jurídicas es denominado *ideatum* por Olivecrona, distinguiendo en éste el *requisitum*, que describe las circunstancias en que se debe actuar, del *agendum*, que describe el comportamiento a observar en tales circunstancias ¹⁰.

Resultan llamativas ciertas semejanzas entre estas ideas de Olivecrona (1897-1980) que estarían revelando un trasfondo ontológico subyacente y el pensamiento de Husserl (1859-1938), aunque parece sumamente difícil que el primero haya abrevado en el pensamiento del segundo como consecuencia de la renuencia de la Escuela de Uppsala a considerar la filosofía europea continental.

4.6. Crítica

Olivecrona considera la sanción como elemento accidental de la norma jurídica, prescindiendo de que si bien el cumplimiento espontáneo de las obligaciones constituye la regla y el coactivo la excepción, el carácter sancionatorio de la norma jurídica es esencial para su configuración como tal, independientemente del grado de sugestión que posea para su cumplimiento. Una orden o un consejo pueden tener un índice de sugestión o acatamiento voluntario mayor que una ley o un decreto, por ejemplo, en orden al prestigio y respeto de los órganos o personas de quienes emanan, como sería el caso de que se comparasen las recomendaciones, consejos o exhortaciones de un tribunal de ética o autoridad eclesiástica frente a una ley o decreto de un gobierno autocrático

¹⁰ Enrico PATTARO, *Elementos...*, pág. 182.

desacreditado o una orden de un inspector de tránsito en el ejercicio de sus funciones, que indudablemente invisten la naturaleza de normas jurídicas a diferencia de las primeras que no son tales.

4.7. La norma como directiva. Ross

Alf Ross (1899-1979) sostiene que las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas son directivas, esto es, expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia ¹¹. Es decir, las normas jurídicas son expresiones que no representan nada, no describen un estado de cosas, sólo expresan la intención de influir en la conducta de otros.

4.8. Crítica

La concepción de Ross tiene el acierto de retornar a Austin en cuanto no excluye a la amenaza de sanción dentro de la noción de norma jurídica, pero importa un retroceso respecto del desarrollo de Olivecrona en cuanto descarta el elemento semántico representativo de las normas jurídicas (el *ideatum*) que incluye el autor sueco.

No se comprende cómo el legislador puede pretender que los destinatarios se acomoden a un determinado tipo de conducta sin su previa representación y comunicación. La formulación de cualquier enunciado importa la referencia a «algo» que de algún modo se halla en el mundo. La omisión del campo semántico es, en mi opinión, sumamente criticable en la teoría de Ross pues, como ha explicado Husserl, «*toda expre-*

¹¹ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 5ª edición, 1994, pág. 8.

sión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos». Esto es, el decir algo sobre algo, exige necesariamente ese algo acerca del cual la norma dice algo y que -como se ha visto- para la egología es la conducta (§ 1.4.).

4.9. Tesis proposicional. La norma como juicio

Kelsen caracterizó a la norma jurídica como un juicio hipotético de deber ser ¹². Dice, por ejemplo, que el derecho como ley jurídica es la proposición jurídica, es un juicio hipotético ¹³.

Kelsen explica su concepción de la norma jurídica expresando que la norma no es comprendida como imperativo, sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma jurídica se convierte en proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley ¹⁴.

Quiere decir que Kelsen concibe a la norma jurídica como juicio o proposición, dentro de la esfera del pensamiento, en oposición al imperativo, ubicado en el ámbito de la voluntad, provocando un giro copernicano en la materia.

También deslinda los ámbitos de la naturaleza y del derecho, distinguiendo las proposiciones que expresan las leyes naturales y las jurídicas. La ley causal dice: «si A es, entonces es B», la ley normativa dice: «Si A es, entonces B debe ser». La causalidad es el principio o categoría mediante el cual se entiende el orden de la naturaleza; por la imputación, en cambio, se comprende al orden normativo.

¹² En el presente trabajo se identifica juicio y proposición para simplificar la exposición.

¹³ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, pág. 71.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Jorge Tejerina de la primera edición de 1934, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 47.

El principio de causalidad expresa una relación objetiva y necesaria, o con elevado índice de probabilidad, entre dos acontecimientos. El principio de imputación expresa una relación entre dos acontecimientos extraña a éstos, que se conectan a través de la *norma creada* por el hombre. La relación entre la comisión de un hecho ilícito y la imputación de un castigo es extrínseca y subjetiva. El deber ser no pertenece como el ser al mundo de la necesidad sino al de la libertad.

Las normas para Kelsen se identifican con los juicios de la lógica tradicional, distinguiéndose de éstos por la sola peculiaridad no esencial de su cópula del «deber ser», no del «ser» que une a aquellos.

El juicio lógico consiste en una *enunciación*, o sea, en afirmar algo de algo. Por su parte, la norma jurídica *imputa* a un antecedente un consecuente. Pero ambos son juicios, uno enunciativo y el otro normativo, caracterizados genéricamente por desempeñar una idéntica función significativa ¹⁵.

4.10. Autocrítica de Kelsen. Tesis de la segunda etapa de la teoría pura. Disidencia con la egología

La necesidad de no resentir la unidad expositiva obliga a incurrir en reiteraciones de conceptos ya expresados al tratar someramente la perspectiva jurídica normativista (§ 1.4.).

Hasta la década del cuarenta se entendió que Kelsen concebía a las normas como proposiciones, más concretamente, juicios hipotéticos. Por esta razón fue considerado el portavoz del antiimperativismo, por negar que las normas fueran órdenes o mandatos. Sin embargo, esta posición inicial comenzó a sufrir alteraciones en 1941 cuando consideró que la

¹⁵ Juan Carlos SMITH, "Norma jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XX, Buenos Aires, Omeba, 1965, pág. 350.

ley (la norma) podría designarse como una orden sin contenido psicológico ¹⁶, idea que plasmó en 1945 en su *Teoría general del derecho y del Estado* ¹⁷ y consolidó en 1949 cuando polemizó en la Argentina con la egología distinguiendo entre norma (*rechtsnorm*) y regla de derecho (*rechssatz*) ¹⁸. Por lo tanto, se erigió en adalid del antiimperativismo hasta que cambió sustancialmente su enfoque mediante el tránsito de juicios a órdenes en su conceptualización de las normas.

Kelsen denominó normas a las disposiciones del legislador o de la costumbre y reglas de derecho, enunciados jurídicos o proposiciones, a las descripciones o formulaciones que de las normas hacen los juristas o la ciencia jurídica ¹⁹, *rechtsnorm* y *rechtssatz*, respectivamente. De este modo, aparentemente conseguía sortear la impugnación yacente en la egología que eclosiona en 1949 cuando Kelsen visita la Argentina y polemiza con Cossio.

Vilanova comenta un pasaje esencial de la referida polémica en los siguientes términos “*La escuela egológica había aceptado en forma estricta que las normas eran proposiciones y yendo aún más allá, había señalado el objeto mentado por esas proposiciones: la conducta. La egología frente a Kelsen, pregunta: «Si las normas son proposicio-*

¹⁶ Hans Kelsen, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *La Ley*, 24, 1941, pág. 203.

¹⁷ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pág. 45 y ss..

¹⁸ Esta ambigüedad fue subrayada por primera vez, según cree von Wright, por el filósofo sueco Ingemar Hedenius en su libro *Sobre la ley y la moral de 1941*, al distinguir entre sentencias legales genuinas que se usan para formular las propias normas legales y las espurias usadas para hacer enunciados existenciales acerca de las normas legales (Georg H. Von Wright, *Norma y acción -Una investigación lógica-*, Tecnos, trad. Pedro García Ferrero, Madrid, 1979, pág. 120), equivalente a la diferenciación entre normas y enunciados normativos, en su terminología, a normas y proposiciones normativas o reglas de derecho, en la teoría pura y a directiva y proposición doctrinaria, según Ross.

¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, págs. 84-88.

nes, ¿cuál es el objeto mentado por ellas?». Si Kelsen hubiere respondido consecuentemente que el objeto mentado era la conducta, la teoría pura y la egología, hubiesen coincidido en lo fundamental”²⁰.

Pero Kelsen responde manteniendo su insinuación de 1941, plasmada en 1945, sosteniendo que las proposiciones son las reglas de derecho, no las normas, pasando así las primeras a constituir un calco de éstas, conforme también lo señalara un iusfilósofo insospechado de ególogo²¹.

4.11. Crítica al pensamiento de Kelsen de la segunda etapa

El distingo entre norma y regla de derecho fue la alternativa que encontró el maestro vienés para responder al pensamiento egológico puesto que de haber reconocido el protagonismo de la conducta la pureza normativa se hubiese enturbiado con lo fáctico, convirtiéndose la teoría pura en impura, subalternizándose al realismo egológico. De ahí, la preocupación de Kelsen para aclarar su posición frente a la teoría egológica efectuada mediante una nota al texto reelaborado de la teoría pura publicada en 1960, mencionada *supra*²².

Pero evitar la impureza de su teoría le cuesta a Kelsen sostener una duplicación injustificable convirtiendo al científico del derecho en mero repetidor de lo dicho por el legislador y renunciar a la condición de portavoz del antiimperativismo que se le había adjudicado; a la par -y esto es quizá lo más grave- que deja evidenciada la debilidad de su

²⁰ José M. VILANOVA, *Elementos...*, pág. 162.

²¹ Ver Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 316.

²² Ver § 1.4., nota 33 y texto anotado.

teoría al mostrar una ontología fútil, limitada a una pura idealidad, negándole -como sutilmente observa Vilanova- a la ciencia jurídica el carácter de ciencia de la experiencia ²³.

Tal vez convenga insistir en la inconsistencia lógica en que habría incurrido Kelsen, dentro de su teoría obviamente, si hubiese reconocido a la conducta como el objeto significado por el hasta entonces juicio en que consistía la norma.

La egología se funda en la afirmación de Husserl de que *«toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos»* ²⁴. Esto es, el decir algo sobre algo, exige necesariamente ese algo acerca del cual la norma dice algo, y que para la egología es la conducta. En cambio, Kelsen no puede reconocer la virtualidad pretemática ontológica de la conducta subyacente en su teoría por cuanto ello sería coincidir en lo fundamental con la egología, según lo visto más arriba, y cederle voluntariamente el cetro en el pensamiento iusfilosófico.

Otra inconsecuencia para la teoría pura, ya mencionada, producida por la rectificación de Kelsen es que debe aclarar ahora, dentro de su concepción, en qué consisten las normas, ¿qué son las normas? La respuesta final es que las normas son mandatos o imperativos figurados, órdenes o mandatos despsicologizados. Pero si una característica definitoria del mandato precisamente es su aspecto psicológico, la sustracción de éste importa su conversión en un conjunto de palabras sin significado.

El tránsito de la conceptualización de las normas como juicios a órdenes, importa el abandono por parte de Kelsen

²³ José M. VILANOVA, *Elementos...*, pág. 163.

²⁴ Edmund HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, trad, Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Alianza Editorial, 1982, t. I, pág. 249; Carlos COSSIO, *La teoría egológica del derecho y concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1964, pág. 199.

de su condición de adalid del antiimperativismo, que cede a manos de la egología que considera a las normas como juicios.

La teoría pura quiso liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños ²⁵, depurándola de los aspectos vinculados a las ciencias causativas como la psicología y la sociología, por un lado, y de la moral o aspecto valorativo, por otro. El resultado de la doble purificación es la norma, identificada con el derecho, sin hecho ni valor.

Pero precisamente en el concepto fundamental de norma, en que consiste el derecho para la teoría pura, es donde se manifiesta la debilidad de esta concepción, permitiendo la crítica implacable de Cossio, sucintamente expuesta.

4.12. Tesis trialista

Para el trialismo la norma contiene la captación lógica de un reparto proyectado de parte de un tercero, que se ubica como espectador neutral ²⁶. Pero los repartos proyectados aun pueden ser objeto de la captación lógica desde el ángulo visual del protagonista del reparto. Esta captación lógica se lleva a efecto en la forma de imperativo ²⁷ o plasma en el imperativo ²⁸.

La norma no manda, prohíbe o permite, pues quien lo hace es el autor de la norma mediante ordenanzas. La ordenanza general se denomina mandamiento y la individual orden ²⁹.

²⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve de la edición en francés, Buenos Aires, Eudeba, 3ª edición, 1963, pág. 15.

²⁶ Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 6ª edición, 1996, págs. 195-196. Según el trialismo la norma es la captación lógica «neutral» (hecha del punto de vista de un tercero) de un reparto proyectado (Miguel A. Ciuro Caldani, “Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y jusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, N° 41, 1996, pág. 91).

²⁷ Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho...*, pág. 200.

²⁸ *Ibidem*, pág. 61.

²⁹ *Ibidem*, pág. 58.

Los mandamientos no se captan imperativamente como tales hasta que se concretan individualmente, o sea, pues, en órdenes. El imperativo constituye la captación lógica de órdenes por sus autores y sus destinatarios ³⁰.

El concepto de ordenanza que introduce Goldschmidt lo lleva a criticar a los partidarios de la «doctrina imperativista del derecho» en cuanto a su denominación por llamar a la ordenanza «imperativo», lo que se debe a una confusión entre la realidad sicofísica (a la que pertenece la ordenanza) y su captación lógica por los protagonistas (que plasma en el imperativo). En consecuencia, sostiene que la teoría que concibe el derecho como un conjunto de ordenanzas, debe denominarse «doctrina ordenancista del derecho» ³¹.

En otra obra Goldschmidt aclara que Kelsen llama «norma» a lo que nosotros llamamos «imperativo», y «regla jurídica» a lo que nosotros apellidamos «norma» ³².

Para el trialismo, pues, las normas son juicios que tienen, como tales, un *antecedente* donde se capta el problema a resolver y una *consecuencia jurídica* en la que se capta la solución ³³.

A su vez, el imperativo al constituir una captación lógica también es un juicio, que es la estructura lógica fundamental a la que están referidas todas las demás.

El imperativo no escapa a la estructura bipartita de la captación lógica de los repartos. Pero, a diferencia de la norma, que enlaza la consecuencia jurídica a un tipo legal que contiene la descripción de un sector social (irreal en la

³⁰ *Ibidem*, págs. 200-201.

³¹ *Ibidem*, pág. 61

³² Werner GOLDSCHMIDT, “Fundamentos ontológicos y lógicos del derecho”, en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, pág. 217.

³³ Miguel A. CIURO CALDANI, “La elaboración de la normas del bioderecho”, *Jurisprudencia Argentina*, N° 6113, octubre 28 de 1998, pág. 18.

norma general y real en la individual), da su conocimiento por descontado: el imperativo estriba en un sector social real sobreentendido ³⁴.

Si se concibe el juicio categórico, dice Goldschmidt, como un juicio que sólo enuncia la consecuencia, hay que tener en cuenta que los imperativos categóricos como captación lógica de las órdenes por sus protagonistas, están de tal modo unidos a la realidad social que la sobreentienden, siendo, precisamente por esta razón categóricos ³⁵.

En suma, el trialismo, por un lado, se opone a la tesis imperativista en cuanto reconoce que una de las dimensiones del objeto de conocimiento jurídico es el juicio o proposición. Por otra parte, le señala a la tesis proposicional que el derecho no puede definirse sólo en términos judicativos pues el realismo tiene su cuota de verdad cuando concibe a la norma como «imperativo independiente» o «directiva».

4.13. Crítica

Goldschmidt tiene el mérito de mostrarle a la tesis proposicional el error en que incurre al omitir el aspecto imperativista del derecho, pero reitera la misma equivocación que Kelsen, en su segunda etapa, al denominar éste «norma» lo que él llama «imperativo», y «regla jurídica» lo que el maestro vienés rotula «norma». Se trata pues de una mera inversión de nominaciones, haciéndolo pasible entonces de idéntica crítica a la que se le efectuara a Kelsen cuando en 1945 establece categóricamente la distinción entre «normas» y «reglas de derecho», determinante de que éstas pasen a constituir una mera reproducción de las primeras, en una evidente duplicación inútil, conforme señalamos en el § 1.4.

³⁴ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho...*, págs. 207-208.

³⁵ *Ibidem*, pág. 213.

Asimismo, no parece servicial la separación entre juicios hipotéticos (normas) y juicios categóricos (imperativos) pues el juicio prescriptivo podría constituir, según veremos, una adecuada respuesta a la pregunta por la consistencia de la norma jurídica.

4.14. Tesis egológica

Para la egología la norma es la mención conceptual de la conducta ³⁶. Es una proposición, pero es parte de la conducta misma, ésta se integra con el pensamiento de sí misma ³⁷. Es el concepto de inmanencia del pensamiento en la conducta ³⁸. La norma es el sentido jurídico de ese objeto egológico que es la conducta. La ciencia del derecho no conoce normas, sino que conoce conducta mediante normas ³⁹.

Cossio señala enfáticamente que la idea de que normar significa mandar y de que las leyes son órdenes del legislador repugna a la noción egológica de que normar es una manera de pensar, de significar, de mentar ⁴⁰.

Es decir, la egología coincide con la teoría pura de la primera etapa en que la norma es un juicio pero disiente -como veremos- respecto de su estructura lógica con fundamento en que no contempla el cumplimiento espontáneo del derecho, motivo por el cual sustituye el juicio hipotético por uno disyuntivo.

³⁶ Carlos Cossio, "Ciencia del derecho y sociología jurídica", *La Ley*, 95, 1959, pág. 672.

³⁷ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, págs. 27, 701, etc.; Carlos Cossio, "Ciencia del derecho y sociología jurídica...", pág. 672.

³⁸ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, 1964, pág. 701; *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944, pág. 88.

³⁹ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, 1964, págs. 278-279

⁴⁰ Carlos Cossio, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, pág. 145.

4.15. Crítica. Remisión

La coincidencia con Cossio, ajena al segundo Kelsen, en que la norma jurídica constituye un juicio, en términos de lógica clásica, y la disidencia con respecto a la absorción egológica de la norma en la conducta, cuya crítica fue expuesta principalmente en el Capítulo 2, conlleva un nuevo análisis de la función y estructura lógica de la norma jurídica respecto del enfoque egológico básicamente, cuestiones tratadas *infra*, a las que remitimos.

4.16. Función de la norma jurídica

La egología pretende destruir para siempre la antítesis entre hecho y norma, que se resuelve simplemente en la relación cognoscitiva de mención que mantiene todo concepto respecto de su objeto. La norma aparecerá jugando el mismo papel de mediación que tiene todo concepto en el conocimiento científico ⁴¹. Entonces, el carácter instrumental de la norma revela una reducción de ésta al hecho, característica que un primer análisis superficial llevaría a alinear a la egología junto al *realismo antinormativista*, comprensivo del realismo jurídico norteamericano y de la doctrina del sueco Vilhelm Lünstedt, que niega la existencia de una realidad normativa ontológicamente distinta del mundo de los hechos ⁴². Pero Cossio se diferencia de este realismo porque tematiza sobre la norma, a tal punto que incorpora a su teoría una lógica jurídica formal.

En consecuencia, esta tematización normativa aproxima la egología a otra vertiente de la escuela escandinava, la que

⁴¹ Cfr. Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, págs. 278-279.

⁴² Enrico PATTARO, *Elementos...*, pág. 125.

integran, entre otros, Hägerström (1868-1939), Olivecrona y Ross, denominada *realismo normativista* por Pattaro en razón de conceder una importancia fundamental a la idea de norma tanto en el funcionamiento del derecho como para la construcción de una teoría del derecho idónea para proporcionar una explicación satisfactoria de su objeto ⁴³.

Compartiendo la opinión generalizada de que existen pluridimensionalismos ocultos, estimo que la tesis de la Escuela de Uppsala, en la vertiente realista normativista, importa al menos un bidimensionalismo implícito ⁴⁴, calificación que la egología rechazaría seguramente bajo el argumento de que la idealidad conceptual de la norma impide ligarla con el hecho en una relación causal por tratarse de entes de existencia independiente ⁴⁵.

Es decir, la teoría egológica concibe a la norma como mero «juicio», diferenciándose del realismo de Olivecrona y Ross, por ejemplo, en que éstos consideran a las normas como «imperativos independientes» y «directivas», respectivamente. Claro está que no sólo la concepción de la norma como mero juicio por parte de la teoría egológica marca diferencias con el realismo norteamericano y escandinavo en general. Las distintas raíces filosóficas de ambas corrientes, aunque en ciertos aspectos se vinculan dentro de un mismo género, señalan rasgos distintivos específicos. No puede soslayarse que la fundamentación egológica en la fenomenología de Husserl y también en el existencialismo de Heidegger, según Cossio, determinan otras disimilitudes.

⁴³ *Ibidem*, pág. 125.

⁴⁴ Reale piensa, por su parte, que basta un estudio más profundo de las obras, por ejemplo, de Olivecrona o Alf Ross, para verificar entonces que lo que ellos llaman hecho, en verdad alberga y oculta necesariamente aspectos normativos y axiológicos (Miguel REALE, *Fundamentos del derecho*, trad. Julio O. Chiappini, Buenos Aires, Depalma, 1976, pág. XXI).

⁴⁵ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 279.

Con respecto al realismo normativista escandinavo, cabe aclarar que considera que en una sociedad existen normas en la medida en que se cree que existen normas. La suposición por la que se considera la existencia objetiva de una realidad del deber ser es esencial. Únicamente existen normas en una sociedad si se produce esta suposición ⁴⁶. Es decir, que para esta corriente no se puede extraer el deber ser del ser y cuando se lo hace es por creencia, suposición o hipótesis del deber ser. No obstante, considero que la atribución de bidimensionalismo implícito tiene fundamento en la peculiar valoración como causa de comportamiento que se le asigna a la normatividad y que si bien -obviamente- no se constituyen en el ámbito jurídico relaciones de causa y efecto propias de la naturaleza tampoco son meramente imaginarias -es decir, inexistentes como lo es por ejemplo el centauro- por su pertenencia al mundo de la cultura.

Axel Hägerström sostiene que las normas jurídicas no se identifican con el comportamiento en el que resultan aplicadas. La norma jurídica es la causa, y los comportamientos de sus destinatarios, los efectos; la causa no puede identificarse con sus efectos, una causa que fuese incapaz de producir efectos dejaría de ser tal. Continúa Pattaro, autor a quien sigo en la exposición de Hägerström, diciendo que los que, partiendo de una perspectiva en absoluto sociológica (realismo ingenuo), identifican la validez-existencia de una norma con el comportamiento de quien la cumple, confunden causa (la norma) con el efecto (el comportamiento de los destinatarios); suprimen la distinción entre norma y comportamiento conforme a ella ⁴⁷.

⁴⁶ Enrico PATTARO, *Elementos...*, pág. 198.

⁴⁷ Enrico PATTARO, *Elementos...*, pág. 143.

Para el realismo normativista la norma cumple una función motivadora de la conducta de la persona a quien se dirige con el objeto de que actúe de determinada manera. Las leyes -dice Ross- no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social ⁴⁸.

Desde otra posición, libre de toda orientación ontológica, Vernengo sostiene que la función motivadora no es un dato lingüístico: no podemos extraerla del análisis morfológico del lenguaje empleado. Nos estamos refiriendo, más bien, a una función o relación psicológica y social en que los sujetos pueden encontrarse. La función motivadora se cumple efectivamente, como una relación empírica verificable, cuando el hijo recibe la orden del padre y actúa. O bien, no es satisfecha por la experiencia ⁴⁹.

La conceptualización de la norma como juicio deja pendiente el interrogante relativo a la función que cumple la norma dentro de la tesis proposicional, puesto que admitida su naturaleza judicativa o proposicional cabe preguntarse si su función es descriptiva ⁵⁰ o prescriptiva, o lo que es equiparable, si la relación norma-conducta es cognoscitiva o causal (teleológica) ⁵¹.

⁴⁸ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 5ª edición, 1994, pág. 8.

⁴⁹ Roberto José VERNENGO, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª edición, 1976, pág. 56.

⁵⁰ Cabe aclarar que para Goldschmidt la norma tiene además de su función descriptiva una función integradora (Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, págs. 197 y 200), pero este aspecto nos apartaría de nuestro objeto.

⁵¹ Utilizamos la expresión relación causal en el sentido de causa de conducta o como motivadora de ésta, no con el significado de necesidad, ley natural, ser.

4.17.1. Relación cognoscitiva norma-conducta. Crítica de Cossio a la tesis teleológica sustentada en el argumento de la heterogeneidad de objetos

En el párrafo precedente se han transcripto pasajes de la teoría egológica que revelan la relación de concepto a objeto en que Cossio hace consistir el vínculo norma-conducta y su absoluto rechazo a la posibilidad de que dicha relación sea concebida en términos causativos o teleológicos.

De ahí su aserción: la norma no es un modelo para la conducta, sino su significación de la conducta misma ⁵².

El insigne iusfilósofo opina que la referencia tradicional a los hechos y a las normas como a dos clases heterogéneas de objetos, colocaba al jurista en el trance de optar por lo uno o lo otro, al desplegar su actividad con unidad sistemática. La existencia de una ciencia cualquiera es solidaria de la unicidad de su objeto de conocimiento. Esta verdad no le era desconocida al jurista y por eso la dualidad entitativa entre hecho y norma lo forzaba a una opción. Sin embargo, cuantas veces se ha efectivizado la tentativa en un sentido o en otro, otras tantas ha resultado insuficiente para hablar de una experiencia jurídica: con los solos hechos se perdía lo dogmático de la normatividad y con las solas normas se perdía lo fáctico de la experiencia. Y por la misma razón fracasaron todos los intentos eclécticos de ligar ambos miembros en una relación causal (única relación que cabe en el horizonte científico para vincular dos entes de existencia independiente), porque ni en forma mecánica ni en forma teleológica se la pudo establecer, en cuanto que la no advertida idealidad conceptual de la norma la colocaba más allá de las posibilidades del nexo causal ⁵³.

⁵² Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 202.

⁵³ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, 1964, pág. 279.

4.17.2. Crítica de Cossio a la tesis teleológica sustentada en el argumento de la mutilación de la experiencia jurídica

4.17.2.1. Zona del derecho potestativo

La relación dogmática entre norma y conducta como si fuera una relación causal mutila la experiencia jurídica, porque sólo podría referirse a ciertos aspectos de ésta. Así, frente a las facultades o zona del derecho potestativo determinado por las normas, carece de sentido ver en la norma misma el antecedente causativo de una determinada conducta como efecto, porque todas las conductas posibles -y no solamente la que se realiza-, están en la misma relación con la norma y son igualmente permitidas.

4.17.2.2. Ambito de las transgresiones

De análoga manera, frente a las transgresiones también carece de sentido verlas como el efecto causal de alguna norma, porque precisamente la transgresión significaría la desobediencia de lo imperado y, en alguna forma, la ineficacia de la voluntad imperante.

Parece, pues, que la idea causal sólo podría jugar en el ámbito de las prestaciones y sanciones. Con lo cual habida cuenta de que las facultades y transgresiones son figuras integrantes de la experiencia jurídica, resulta fracasada una teoría de esa experiencia que no pueda llegar a conceptualizarlas.

4.17.2.3. Zona de las prestaciones y sanciones

Pero aún, continúa Cossio, en la zona de las prestaciones y sanciones, la relación causal que pudiere haber entre norma y conducta es totalmente ajena a la constitución del conocimiento dogmático, porque esa relación aclararía, a lo más, por qué

se produce una determinada conducta; y el jurista no averigua ese porqué, sino el significado que posee la conducta producida. Lo dogmático de la jurisprudencia no es de naturaleza causal, sino significativa: el jurista busca qué sentido tiene la conducta que le presentan como caso bajo examen ⁵⁴.

4.18.1. Réplica al argumento cossiano de la heterogeneidad de objetos

La destrucción de la antítesis entre hecho y norma pretendida (§ 4.16.) no es conseguida por Cossio precisamente porque la idea de la heterogeneidad de las dos clases de objetos lo conduce a fundar la norma en la conducta, que además y en mi opinión tampoco es real o perceptible en la egología, pese a sus afirmaciones en tal sentido, al no superar esta teoría la metafísica de la subjetividad, según la tesis que propiamente desarrolla en el Capítulo 2.

A la vez, Cossio incurre en la misma insuficiencia que en el párrafo precedente adjudica a quienes mutilan la experiencia jurídica pues con los hechos solos se pierde lo dogmático de la normatividad, que para él no es más que la significación de la conducta misma.

En efecto, la tesis egológica anticausativa ha sido objeto de un párrafo que por su elocuencia merece ser reproducido, éste dice: *“Para dicha doctrina (la egología) la norma es un instrumento conceptual, es la significación del acto de conocimiento del derecho. Es una proposición y por ende: indica, predica, comunica. Pero en su caso es también algo más: «el pensamiento de sí misma de la conducta». Este último aditamento, a nuestro entender, es una fuente de oscuridad para la tematización formal que encara la egología. Son múlti-*

⁵⁴ La argumentación expuesta en estos tres párrafos fue desarrollada por Cossio en su trabajo ya citado “Ciencia del derecho y sociología jurídica...”, pág. 671.

*ples las dificultades que le origina, las que se evidencian ya en los retruécanos de su mensaje expresivo”*⁵⁵.

Pero intentando interpretar la tesitura cossiana anticausativa basada en las dos clases heterogéneas de objetos, parece ser el argumento enunciado por la denominada falacia naturalista el que subyace en la egología para arremeter contra la posibilidad de nexo causal entre norma y hecho. Desde el iusnaturalismo se ha combatido con erudición dicho argumento originado en Hume primero (ley de Hume o falacia ser-deber ser) y luego en Moore (falacia naturalista). Una obra relativamente reciente da cuenta de distintos argumentos tendientes a la refutación de la falacia moreana⁵⁶ que constituye el óbice de Cossio, aunque éste no lo manifieste expresamente, a la separación entre norma y hecho.

A su vez, el culturalismo de Rickert intenta una respuesta al problema planteado, utilizando la noción de cultura como elemento de ilación entre ser y deber ser⁵⁷, o entre sus equivalentes, hecho y norma.

Las cosas a las cuales adhiere un valor, constituyen lo que Rickert llama **bienes** con un término obtenido de la economía política. Derecho, moral, religión, economía, arte, son todas expresiones del mundo de la cultura, representan conjuntos de **bienes** que establecen la ligazón tan deseada, entre la naturaleza y los valores, entre el **ser** y el **deber ser**⁵⁸.

Radbruch continúa esta idea de Rickert, pero Reale le formula idéntica objeción a la dirigida a éste: si ser y deber ser son dos categorías irreductibles que nos posibilitan el co-

⁵⁵ Abel ARISTEGUI, *Oposiciones fundamentales a la teoría egológica del derecho*, La Plata, Editora Platense, 1967, págs. 145-146.

⁵⁶ Carlos I. MASSINI CORREAS, *Falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Idearium, 1995.

⁵⁷ Miguel REALE, *Fundamentos del derecho*, trad. Julio O. Chiappini, Buenos Aires, Depalma, 1976, pág. 145.

⁵⁸ Confr. Heinrich RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, citado por Miguel REALE, *Fundamentos...*, pág. 146.

nocer dos mundos también irreductibles (el de la *naturaleza* y el de la *libertad*), ¿cómo es que se explica la existencia del mundo intermedio de la cultura? Transformar la cultura en una categoría intermedia pasa a entonces a ser un artificio, mas no una verdadera solución ⁵⁹.

Rickert, dice Reale, se relegó a un rígido esquematismo *disyuntivo* entre ser y deber ser, mecánicamente unidos por intermedio del llamado reino de la cultura. En realidad, el maestro de Baden no nos explicaba cómo se efectúa esa ilación entre la causalidad empírica y la libertad caracterizante del mundo de los valores. Resulta vano el intento de Rickert cuando en su doctrina busca una explicación satisfactoria acerca de cómo es que se opera el pasaje de la naturaleza a los valores objetivos, esto es, de cómo se constituye el mundo de la cultura ⁶⁰.

Sin embargo, no parece viable que Cossio pudiese adherir a la crítica respecto de la supuesta falta de explicación de la ilación entre ser y deber ser a través del elemento cultura y de la constitución del mundo de la cultura, precisamente porque trabaja sobre la idea de que el derecho es cultura, presentando un cuadro de supremas regiones ónticas algo diferente del que corrientemente se utiliza como derivado también de la idea de Husserl, donde los objetos culturales o bienes, son creados de alguna manera por el hombre actuando según valoraciones, son a su vez, reales; pero son valiosos con signo positivo o negativo ⁶¹. A su vez, dentro de los objetos culturales distingue los mundanales de los egológicos. En los primeros su substrato es un trozo de naturaleza, en los segundos la conducta humana ⁶². En definitiva, por estar en la experiencia, tener existencia y no ser

⁵⁹ Miguel REALE, *Fundamentos...*, pág. 166.

⁶⁰ Miguel REALE, *Fundamentos...*, pág. 166.

⁶¹ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, 1964, págs. 54/55.

⁶² Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, 1964, págs. 78, 84, 100, 232 y ss..

neutros al valor, los fenómenos jurídicos resultan estar ubicados dentro de la región de los objetos culturales, según dijo años atrás Vilanova ⁶³.

Posteriormente, este discípulo de Cossio, si bien mantiene la concepción central de la teoría egológica de que la ciencia del derecho tiene por objeto la conducta humana, introduce una modificación sustancial a raíz de que su indagación sobre la libertad en el hombre lo lleva a considerar que ese es el único punto relevante para la Ontología Jurídica y a rechazar, en consecuencia, toda temática de las «ontologías regionales» y la ubicación del derecho como objeto cultural-egológico, doctrinas que considera de un innegable valor didáctico, pero que no resisten una crítica a fondo. Cree que esta herencia de Dilthey y Rickert ha sido desechada con sólido fundamento por Hans Albert en su *Tratado de la razón crítica* ⁶⁴.

También se ha dicho que aparece en Vilanova una distinción entre «ente» y «objeto» ajena al pensamiento de Cossio y que el ente es previo y funda al «objeto», aunque después pueda vérselos como siendo lo mismo. Agregándose que esta línea de pensamiento llevará -a Vilanova- a descartar la idea de las «ontologías regionales» que el primer Husserl tomó de Meinong y que ocupa un lugar importante en la egología cossiana ⁶⁵.

Frente a esta posición, considero que si bien la ontologías regionales configuran un cuadro que parece pecar de esquematismo, no puede ocultársenos que distinguimos claramente, aunque en distintos grados de conceptua-

⁶³ José M. VILANOVA, *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, pág. 126.

⁶⁴ José M. VILANOVA, *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, pág. 7.

⁶⁵ Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, pág. 369.

lización, los diferentes dominios de los entes y establecemos relaciones de diversa índole entre ellos ⁶⁶, dependiendo nuestra conducta del ser del ente enfrentado, que difiere según se trate de cosas inanimadas, otro hombre o la divinidad, por ejemplo.

En cuanto al segundo argumento para rechazar las ontologías regionales cabe recordar que el propio Vilanova dice: aunque la connotación es distinta las palabras «ente» y «objeto» denotan lo mismo ⁶⁷. Esta distinta connotación no es suficiente para dejar de lado la importante clasificación de los objetos, pudiéndose sustituir objetos por entes -si se prefiere- como lo hacen distintos autores, pues la idéntica denotación de ambos términos justifican el mantenimiento de las ontologías regionales.

Pero más allá de la disidencia de Vilanova con su maestro, no cabe duda de que la doctrina de Rickert influyó decisivamente en Husserl y Cossio en la temática de las ontologías regionales, motivo por el cual queda corroborado -a mi juicio- que este último, que sustenta la región ontológica de los objetos culturales y que el derecho es cultura, no podría aceptablemente rechazar a ésta como elemento de ilación entre hecho y norma, convergentes parafraseando a Ortega- en la realidad radical que es la vida, que no es -dicho sea de paso- meramente vida humana en general, teoría e irreal, sino que es *mi vida* la de cada cual ⁶⁸.

⁶⁶ Conf. Danilo CRUZ VÉLEZ, *Filosofía sin supuestos*, Buenos Aires, Sudamericana, 1970, págs. 201-202.

⁶⁷ José M. VILANOVA, *Elementos...*, pág. 97.

⁶⁸ Julián MARÍAS, *Idea de la metafísica*, Buenos Aires, Editora Columba, 5ª edición, 1973, pág. 44.

4.18.2. Réplica al argumento cossiano de la mutilación de la experiencia jurídica. Relación teleológica

4.18.2.1. Zona del derecho potestativo

Como es sabido, Cossio concibe cuatro modos de ser del derecho: facultad, obligación, transgresión o entuerto y sanción. Sin embargo, lo estrictamente relevante para el derecho es la disyunción prohibido-permitido o prohibido-facultativo si se prefiere esta última, pues lo que interesa jurídicamente es si a tal conducta le está o no imputada una sanción, cualquier conducta que realice el sujeto está necesariamente prohibida o permitida. Además lo prohibido y obligatorio son interdefinibles, con la ayuda de la negación. En definitiva, el efecto causativo de la norma se produce al no realizarse la conducta prohibida.

4.18.2.2. Ambito de las transgresiones

El hecho de que la motivación, el temor a la sanción, no haya sido suficiente para lograr que se cumpla la conducta buscada en un determinado caso, no significa la ineficacia de la imperatividad puesto que la transgresión es sólo una excepción frente a la regla del cumplimiento espontáneo de la norma en un sinnúmero de casos, circunstancia en la que precisamente fundamenta Cossio la sustitución del concepto de norma como juicio hipotético por uno disyuntivo. Por otra parte, la transgresión da lugar a que opere otro modo de ser del derecho por cuanto debe aplicarse la sanción imputada en cuyo ámbito juega la idea causal, lo cual significa -en última instancia- que la motivación tiene un efecto mediato en el supuesto de transgresión.

4.18.2.3. Zona de las prestaciones y sanciones

Si bien al jurista puede no interesarle por qué se produce una determinada conducta, sino su sentido, a la vez que la

egología alega que lo dogmático de la jurisprudencia no es de naturaleza causal, sino significativa, el protagonista va más lejos pues busca saber qué sentido tiene la conducta para saber qué conducta debe realizar, no es un mero espectador neutral como diría Goldschmidt. El mismo Cossio dice que en la lógica del deber ser, el conocimiento resulta un conocimiento de protagonista y no un conocimiento de espectador, como sucede en la lógica del ser ⁶⁹.

De modo que la relación causativa entre norma y conducta es inherente a lo jurídico, constituyendo las normas significaciones imperativas, más allá del supuesto desinterés del jurista por dicho nexo causal.

4.19. Relación teleológica

La peculiar valoración como motivadora de comportamiento que se le asigna a la normatividad, aunque no configurativa -obviamente- de relaciones de causa y efecto propias de la naturaleza pero tampoco meramente imaginarias, por su pertenencia al mundo de la cultura, según vimos en el § 4.16., permite descubrir una cierta analogía entre aquellas relaciones y las de este otro ámbito al explicarlo racionalmente. Precisamente, porque no se trata la relación norma-conducta de una causalidad propia de la naturaleza sino análoga es preferible denominarla relación teleológica.

La función motivadora se cumple efectivamente, como una relación empírica verificable, cuando el hijo recibe la orden del padre y actúa. O bien, no es satisfecha por la experiencia. Afirmar esto supone decir que el acto del emisor de la orden es considerado como causa -en algún sentido de esta irritan-

⁶⁹ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 349.

te palabreja- de la acción que cumpla luego el receptor o, por lo menos, como su condición necesaria ⁷⁰.

La relación teleológica norma-conducta resulta pues satisfactoria, considerando que Olivecrona contribuye a explicar adecuadamente su nexo a través de su concepción causal (teleológica) del imperativo independiente, donde el mecanismo psicológico constituye el elemento original y más importante de dicha concepción, consistente en un hábito de obediencia, si se le agrega el componente sancionatorio para el caso de inobservancia que dicho autor no incluye como esencial y que también tiene carácter psicológico. Esto no significa compartir que la norma sea únicamente imperativo pero sí el reconocimiento de un ingrediente prescriptivo en su conformación.

No podemos concebir -decía Del Vecchio- una norma que no tenga carácter imperativo, aunque sea bajo determinadas condiciones. El mandato (positivo o negativo) es un elemento integrante del concepto de derecho porque éste... pone siempre frente a frente dos sujetos, dando a uno una facultad o pretensión, e imponiendo al otro un deber, una obligación correspondiente. Ahora bien, imponer un deber significa precisamente imperar ⁷¹.

Se suma a lo expuesto, la crítica del formalismo (§ 4.12.), cuando, según nuestra interpretación, le señala a la tesis proposicional que el derecho no puede definirse sólo en términos judicativos pues el realismo tiene su cuota de verdad cuando concibe a la norma como «imperativo independiente» o «directiva».

En conclusión, no es viable pues la idea cossiana de que la norma sólo conceptúa la conducta asignándole un sentido.

⁷⁰ Roberto José VERNENGO, *Curso de teoría general del derecho...*, pág. 56.

⁷¹ Giorgio DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, 7ª ed. corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 319.

La norma no se reduce a constituir la estructura cognoscitiva de la conducta, integra asimismo el objeto de la ciencia jurídica. El jurista entonces también interpreta la norma. La concepción de que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma omite que todo modo de ser de aquélla requiere la incidencia de un elemento distinto de la conducta misma y que no es otro que la norma.

4.20. Estructura lógica de la norma jurídica

Para la egología y la primera etapa de la teoría pura, la norma jurídica constituye un juicio (§ 4.11 y § 4.14.), pero es a la vez, para la primera, un concepto que mienta una conducta pues la perspectiva gramaticalista, que distingue entre juicio y concepto, cede frente al punto de vista gnoseológico donde todo juicio es un concepto ⁷².

La distinción entre ser y deber ser, retomada por Kelsen, permitió la separación entre leyes de la naturaleza, juicios de ser, descriptivos y veritativos, por un lado, y normas jurídicas, juicios de deber ser, prescriptivos, en los que no tendría sentido predicar su verdad o falsedad, por otra parte.

Sin embargo, Hall -señala David- advirtió que la distinción tajante que los positivistas jurídicos establecen entre prescripción y descripción era una simplificación artificiosa del problema, ya que toda norma implica connotaciones descriptivas y prescriptivas conjuntamente. Por ejemplo, analizando una norma jurídica al estilo Kelsen, vemos que consiste en una descripción de circunstancias que se refieren al delito y descripciones que se refieren a la sanción. Ambas están unidas por la cópula «debe ser» (*must or sollen*), esto es, que

⁷² Para una explicación amplia, ver Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, 1964, pág. 365 y ss..

los contenidos en la norma describen notas fácticas ⁷³. El que matare debe ser castigado con pena de prisión, es una norma jurídica del Código Penal, que es verdadera porque es descriptiva y es también prescriptiva. Además, como hemos visto, calificar dicho enunciado como regla de derecho, si lo dice el jurista, o norma jurídica, si lo dice el legislador, constituye una duplicación artificiosa e inútil.

No se comprende cómo los sujetos de derecho pueden adecuarse a un determinado tipo de conducta sin su previa representación y comunicación. La formulación de cualquier enunciado importa la referencia a «algo» que de algún modo se encuentra en el mundo y cuyo **conocimiento** es menester para su cumplimiento. La norma es también descriptiva pues los sujetos de derecho no sabrán qué hacer si no se les indica el tipo de conducta deseado.

Con su reconocida lucidez, uno de los más notables iusfilósofos del siglo, despeja aún más el camino y supera la aporía, explicando que la teoría de Kelsen, según la cual la norma jurídica se resuelve en un juicio hipotético, no es contraria a la tesis de la norma jurídica como prescripción, porque el juicio en que consiste la norma es un juicio hipotético prescriptivo, y no descriptivo, esto es, un juicio que en su parte final contiene una prescripción: (“... debe ser B”) ⁷⁴. Pero ya con anterioridad, Jerome Hall había anticipado que la forma de la norma está estipulada en la afirmación de que las proposiciones del derecho son juicios hipotéticos-imperativos ⁷⁵. Este razonamiento puede extenderse a la endonorma y perinorma del juicio disyuntivo que constituye la estructura normativa egológica.

⁷³ Pedro R. DAVID, *Sociología criminal juvenil*, Buenos Aires, Depalma, 5ª ed., 1979, pág. 3.

⁷⁴ Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, España, Debate, 1996, pág. 108.

⁷⁵ Pedro R. DAVID, *Sociología Jurídica*, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1980, pág. 61.

La sanción es imputada al ilícito mediante la cópula del deber ser en la cual se expresa la norma, pues el juicio normativo consiste en imputar un antecedente a un consecuente, no en enunciar o afirmar algo de algo a través de la cópula del ser. En este sentido la sanción está prescrita, no descrita.

Tan cierto es el carácter prescriptivo de la norma jurídica que Carlos S. Nino califica de extraña la afirmación de Kelsen cuando sostiene que las proposiciones normativas (reglas de derecho) son «juicios de deber ser», aunque puramente descriptivos, lo cual no se compadece con su distinción entre juicios de *ser* y juicios de *deber ser* como equivalente a la distinción descriptivo-prescriptivo ⁷⁶.

A su vez, Goldschmidt piensa que la norma hipotética no logra hacer desaparecer por completo el imperativo. En efecto, agrega, no es posible castigar una acción sin ordenar la omisión correspondiente y tampoco se puede penar una omisión sin exigir la correspondiente acción. Quien amenaza ineludiblemente manda ⁷⁷.

La tesis de la norma como juicio prescriptivo converge con la concepción de los imperativos independientes por la posibilidad de éstos, según Olivecrona, de expresarse en la forma de juicios asertivos mediante la transformación del modo imperativo en indicativo, aunque agregándoles la sanción como elemento esencial de la norma jurídica, que dicho autor considera accidental.

Por su parte, Vilanova al tratar la temática que identifica bajo el título «Las normas como juicios o proposiciones. Problemática de lo mentado por tales juicios y de una relación gnoseológica no descriptiva», se pregunta cuál es la re-

⁷⁶ Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición., 1993, pág. 87.

⁷⁷ Werner GOLDSCHMIDT, “Fundamentos ontológicos y lógicos del derecho”, en *Justicia y verdad...*, pág. 214.

lación que se establece entre estos conceptos que son las normas y su objeto mentado que es la conducta. ¿Acaso las normas describen la conducta como el concepto «negro» describe el color de cierto objeto?

Parece claro, responde este autor, que las normas no describen la conducta pues esto correspondería a un relato, para concluir que las normas adelantadas por el legislador, funcionan como «preceptos» mediante las cuales el juez debe conocer su propia conducta y la de las partes para crear la programación comunitaria en el caso ⁷⁸. Debo aclarar que la palabra «preceptos» que he puesto entre comillas por mi propia cuenta sustituye al vocablo «conceptos» que figuraba en las obras anteriores de Vilanova, teniendo el acierto de resaltar el carácter prescriptivo del juicio-norma.

4.21. La lógica jurídica

Como hemos visto, Kelsen concibió -en su primera época- a la norma jurídica como juicio o proposición, dentro de la esfera del pensamiento, en oposición al imperativo, ubicado en el ámbito de la voluntad, provocando un giro copernicano en la materia al permitir la concepción de una lógica jurídica nacida merced a este peculiar juicio -objeto lógico construido sobre la cópula del deber ser- y el concepto, que como lógica era imposible con mandatos o imperativos.

Por lo tanto, el abandono de Kelsen de su concepción de la norma como juicio para asignarle el carácter de una orden sin contenido psicológico ⁷⁹, distinguiéndola de la regla de derecho consistente en el juicio de que se vale el científico

⁷⁸ José M. VILANOVA, *Elementos...*, 1984, págs. 161-162; Enrique R. AFTALIÓN y José M. VILANOVA *Introducción...*, 1994, págs. 471-472.

⁷⁹ Hans KELSEN, "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", en *La Ley*, 24, 1981, pág. 203.

para describir su objeto, le presenta al maestro vienés, según dice Laclau, el problema que reside en establecer cómo la lógica es aplicable al derecho, toda vez que, a partir de este viraje, el objeto de la ciencia jurídica ya no va a ser considerado como constituido por juicios ⁸⁰.

En 1960, en la segunda edición de la *Teoría pura...*, sostenía que los principios lógicos se aplican a las reglas de derecho, descriptivas y, por lo tanto, veritativas. Pero como lo descrito por éstas son las normas jurídicas, indirectamente son aplicables a éstas aquellos principios ⁸¹.

Posteriormente, Kelsen modifica su punto de vista sobre la base de que si bien tanto la norma como la regla de derecho expresan un «deber», en las primeras el verbo «*sollen*» o «*must*» tiene un significado «prescriptivo» y en las segundas «descriptivo». Tanto las normas como las reglas de derecho expresan un deber; pero este deber tiene distinto sentido según se encuentre en una u otra. Por este motivo, sostiene que los principios lógicos no son aplicables siquiera indirectamente al derecho, variando diametralmente su criterio de 1960 ⁸².

Cabe aclarar que a continuación Kelsen atenúa la separación tajante entre derecho y lógica, mencionando la subsunción de la norma individual en la general, lo cual implica una relación lógica entre ambas, sin que ello signifique que Kelsen admita que la validez de la primera derive lógicamente de la general, dado que precisamente es la teoría pura la que reacciona contra la concepción de la subsunción silogística mecánica señalando el carácter constitutivo de la sentencia judicial ⁸³. Es evidente que si Kelsen hubiese desestimado toda relación

⁸⁰ Este es el interrogante que en forma exhaustiva analiza Martín LACLAU en su trabajo «Relación entre lógica y derecho en el último período de Kelsen», publicado en La Ley, 1982-B, 1982, pág. 699.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Confr. Martín LACLAU *ibíd.*

entre lógica y derecho, habría negado justamente uno de los mayores logros que se le atribuyen: el descubrimiento de la lógica del deber ser.

Similar problema que a Kelsen se le plantea a von Wright por su adhesión a la distinción efectuada -según piensa- por primera vez, en 1941, por el filósofo sueco Ingemar Hedenius entre sentencias legales genuinas que se usan para formular las propias normas legales y las espurias usadas para hacer enunciados existenciales acerca de las normas legales⁸⁴, equivalente a la diferenciación entre normas y enunciados normativos o proposiciones-norma, en su terminología, entre normas y reglas de derecho o proposiciones jurídicas, en la teoría pura y entre directivas y proposiciones doctrinarias, según Ross.

En la primera edición de la obra citada que data de 1963, su autor, partiendo de que en la lógica proposicional clásica la verdad y falsedad son los dos únicos *valores-veritativos*⁸⁵, cree que se puede aceptar sin gran dificultad que las prescripciones, y quizá también otros tipos de normas, carecen de valor veritativo⁸⁶. Por lo tanto, abandona su punto de partida sustituyendo el objeto de la lógica deóntica, publicada en la revista *Mind* en 1951, constituido por imperativos y órdenes por los juicios sobre éstos⁸⁷.

Cossio, en cambio, que tomó de Kelsen la idea de norma como juicio defendió desde un principio la posibilidad de la lógica del deber ser y no tuvo ningún inconveniente en mantener esta tesitura debido a que en lo sucesivo jamás dudó de la identidad norma-juicio.

⁸⁴ Georg H. von WRIGHT, *Norma y acción -Una investigación logica-*, Madrid, Tecnos, 1979, pág. 120.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 39.

⁸⁶ *Ibidem*, págs. 118-119.

⁸⁷ Confr. Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, págs. 354-355.

4.22. Juicio hipotético o disyuntivo

El concepto de norma como juicio hipotético sucintamente expuesto en el § 4.9., característico de la primera etapa del pensamiento kelseniano, parte de la idea básica de que una conducta determinada no puede ser prescripta sin supeditación a alguna condición, toda vez que una conducta no puede acontecer sino en ciertas condiciones.

Como se ha visto en el § 4.20., con citas de Bobbio y Hall, entre otros, la teoría según la cual la norma jurídica se resuelve en un juicio hipotético, no es contraria a la tesis de la norma jurídica como prescripción, porque el juicio en que consiste la norma es un juicio hipotético prescriptivo y no descriptivo, esto es, un juicio que en su parte final contiene una prescripción: (“... debe ser B”).

La egología coincide con la teoría pura de la primera etapa en que la norma es un juicio, pero disiente respecto de su estructura lógica hipotética con fundamento en que no contempla el cumplimiento espontáneo del derecho ni refleja adecuadamente los conceptos jurídicos de licitud e ilicitud, motivo por el cual sustituye el juicio hipotético por uno disyuntivo.

Kelsen considera como única norma jurídica a la que imputa y prescribe la sanción, es decir, a la que él denomina primaria, pues la que simplemente prescribe una conducta y que llama secundaria no constituye en realidad una norma jurídica y está fuera de la juridicidad, es un mero recurso lingüístico. Cossio, en cambio, la coloca en un mismo plano con la norma primaria considerando que la aplicación de sanciones no es la regla sino la excepción. Formalizando lo expuesto el juicio hipotético se representa: «Si A es, entonces B debe ser» y el juicio disyuntivo responde sintéticamente a la expresión: «Dado H, debe ser P (endonorma) o (conjunción disyuntiva) dado no P, debe ser S (perinorma)». Es decir: «Dado el antecedente

H, debe ser la prestación P, o dada la no prestación P, debe ser la sanción S».

Con mayor amplitud significa que: 1) Dada una situación coexistencial como hecho antecedente (H), 2) debe ser 3) la prestación (P) 4) por alguien obligado (Ao) 5) ante alguien titular (At) -endonorma- ; 6) o -conjunción disyuntiva- 7) dada la no pretensión (no-P), 2) debe ser (8) la sanción (S) a cargo de un funcionario obligado (Fo) 10) por la comunidad pretensora (pC) -perinorma- ⁸⁸.

Como puede advertirse pues, la norma egológica es una estructura que consta de diez componentes, que comprenden dos constantes -el deber ser y la conjunción o- y ocho variables.

También cabe distinguir entre la endonorma y la perinorma, pero no como dos normas diferentes e independientes, tampoco corresponde confundirlas con las normas secundaria (mero recurso lingüístico) y primaria (única norma jurídica) de Kelsen, puesto que no se trata de dos juicios sino de uno, cuyos dos términos -unidos por la conjunción o y no simplemente yuxtapuestos- aluden a realidades de conducta humana, que sólo difieren por su distinto sentido jurídico; mientras que la endonorma mienta la conducta que es lícita, la perinorma considera al acto ilícito o entuerto ⁸⁹.

El razonamiento vertido en el segundo párrafo del presente párrafo puede extenderse entonces a la endonorma y perinorma del juicio disyuntivo que constituye la estructura normativa egológica, vinculante de dos partes, continentes cada una de la constante deber ser, entrelazadas por la conjunción disyuntiva.

⁸⁸ Confr. Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 333 y Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción...*, pág. 461.

⁸⁹ Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción...*, pág. 467.

4.23. Irrelevante incidencia de la lógica simbólica proposicional

La conclusión de que la norma es un juicio podría quedar minimizada como consecuencia de la insuficiencia atribuida a las teorías de Kelsen y Cossio. Ambos -dice Vilanova- trabajaron sobre la base de la formalización según la lógica aristotélica y hoy, frente a las investigaciones de la lógica moderna, esa lógica clásica ha quedado superada y reducida a un campo muy exiguo dentro de la lógica en general. En particular el tema de la clasificación tripartita de los juicios por su relación ha sido superada por lo que se denomina «lógica proposicional»⁹⁰.

Por esta razón -quizá-, dicho autor calificó como una ingenuidad de Cossio la bienvenida alborozada que dio a la lógica deóntica recién fundada (1951) por von Wright cuando el más ciego podía advertir que esta criatura -independientemente de su inidoneidad para convalidar el cossiano «axioma ontológico» del derecho- ya hacía temblar, e inexorablemente terminaría por destruir, las endebles incursiones lógicas de la egología⁹¹.

En efecto, en la segunda edición de la teoría egológica su autor advierte que para hablar de una lógica del deber ser era necesario que el problema lógico se tematizara sobre el deber ser como cópula proposicional, cosa que von Wright, con autoridad, había efectuado, adjudicándole más adelante la demostración rigurosa en el plano lógico-formal de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, que hizo en su ensayo *Lógica deóntica*⁹².

⁹⁰ José M. VILANOVA, *Elementos...*, pág. 169.

⁹¹ José M. VILANOVA, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 22.

⁹² Carlos COSSIO, *Teoría egológica...*, págs. 330 y 334.

Sin embargo, esta lógica especial o regional, no obsta a la concepción de la norma como juicio aunque más no sea para conformar una fórmula atómica y beneficiarse en su caso con las ventajas del cálculo proposicional en la combinación molecular. Quienes se ocupan de la nueva lógica señalan que ésta no se opone a la antigua, sino que la complementa, la enmarca, en parte la corrige y en buena medida la supera, sin que por ello Aristóteles deba bajar del pedestal ⁹³.

Si la lógica proposicional sirve para el esclarecimiento de numerosas situaciones en las cuales la lógica tradicional resultare insatisfactoria, bienvenida sea la lógica deóntica, pero ello no implica que el concepto norma-juicio haya quedado destruido o deba bajar del pedestal.

Más aún, Vilanova, que por norma jurídica entiende la parte del proyecto-programa de la conducta en interferencia intersubjetiva ⁹⁴, concibe a la norma como una estructura lógica, más concretamente como una proposición molecular coincidente con la tabla de verdad del bicondicional que puede expresarse, por ejemplo, diciendo que «*la sanción debe ser si ocurre la transgresión y solamente en ese caso*» ⁹⁵, para agregar más adelante que si para Kelsen el concepto central sobre el que descansaban los demás era el de sanción, en su concepción lo es el de «deber ser» ⁹⁶; lo cual significa que esta idea tampoco se contradice con la tesis de la norma jurídica integrada con un elemento prescriptivo, aunque no ya concebida aquella en la forma judicativa sino como proposición o estructura molecular, pero manteniendo su característica de objeto lógico.

⁹³ Delia T. ECHAVE, María E. URQUIJO y Ricardo A. GUIBOURG, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 28.

⁹⁴ José M. VILANOVA, *El concepto...*, págs. 68-70.

⁹⁵ Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción...*, pág. 488.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 492.

De todos modos, la utilidad de la lógica proposicional para el jurista es objeto de controversia. Tanto es así que constituye una conjetura sustentable, en mi opinión, que la lógica moderna, ya sea en su expresión general o en la forma especial de la lógica deóntica, implica una regresión dentro de la misma filosofía analítica en sentido amplio, comprensiva de la propiamente así llamada y la corriente formalista o empirismo lógico, por cuanto podría importar un retroceso al Wittgenstein del *Tractatus* que la inspira, superado por él mismo en su segunda filosofía, la de las *Investigaciones filosóficas*, donde abandona la formalización, desplazando su interés por los lenguajes artificiales hacia los lenguajes ordinarios.

En el *Tractatus logico-philosophicus* pensaba que los lenguajes exactos, como los de la lógica matemática, conformaban la forma básica del lenguaje mientras que los lenguajes ordinarios eran aceptables únicamente como portadores de significado bajo el presupuesto de los lenguajes exactos subyacentes. En cambio, en su segunda filosofía, Wittgenstein invierte el orden que había establecido partiendo de que el lenguaje cotidiano tiene significado y de que hay que referirse a éste tal como se presenta, incluso cuando no quedase en dicho lenguaje nada de los lenguajes exactos formalizados.

Incluso la cronología acompaña la idea esbozada relativa a la desactualización de la lógica deóntica respecto de la evolución de la filosofía analítica de la que constituye una derivación. Piénsese que el primer trabajo de von Wright sobre lógica deóntica fue publicado en la revista *Mind* en 1951 y que las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein fueron publicadas en 1953, póstumamente.

La utilidad de la lógica simbólica depende en definitiva de la posibilidad de formalización de las estructuras lógicas, siendo ella extremadamente limitada puesto que la matemática constituiría el único ámbito apto para la exactitud del lenguaje.

Mayor indagación sobre esta temática excedería la finalidad de este trabajo pues entiendo que lo expuesto hasta aquí

parece suficiente para arribar al convencimiento de que las investigaciones realizadas sobre la norma jurídica bajo la orientación de la nueva lógica no afectan al objeto de la presente tesis, que intenta demostrar que desde la fenomenología existencial es concebible sostener que el derecho no se circunscribe al comportamiento humano como lo entiende la egología en tanto para ella la norma se reduce a la conducta y no puede haber ésta sin valor, sin que implique desconocerla como punto de partida de nuestro análisis.

CAPÍTULO 5

EL DERECHO COMO VALOR

5.1. Introducción

En los capítulos precedentes se ha arribado a una conciliación sincrética socionormológica; partiendo de la egología se desembocó en un encuentro con el normativismo, quedando pendiente la posibilidad de un tercer ingrediente del fenómeno jurídico: el valor, no considerado hasta ahora específicamente.

La investigación respecto de este posible tercer elemento y su integración con las otras dos perspectivas jurídicas debe realizarse, a mi modo de ver, aprovechando las contribuciones que pueden aportar las distintas teorías del derecho que pese a sus manifiestas divergencias coinciden en aspectos sustanciales. Constituye un incentivo para ello una sugerencia del profesor Ciuro Caldani que considero especialmente aplicable a la temática abordada. En tal sentido, dice: *«Me permito señalar que existen múltiples posibilidades de colaboración entre las teorías trialista, tridimensional y egológica -baste señalar que los repartos se originan en conductas- y pese a varios enfrentamientos ideológicos entre la teoría egológica y la teoría tridimensional, baste recordar*

*que para Reale el derecho es siempre modalidad de la conducta social del hombre”*¹.

En efecto, para el trialismo el reparto de potencia e impotencia se realiza mediante conductas de reparto, que cumplen hombres llamados repartidores o conductores. A su vez, siendo, el objeto material (objeto secundario o accesorio), aquello sobre lo que recae la potencia o impotencia (objeto principal del reparto), siempre es conducta -interpreto- puesto que en definitiva la obligación de dar importa un hacer.

La sentencia judicial, trozo o fragmento de la experiencia jurídica² y fenómeno jurídico por antonomasia para la egología³, constituye el eslabón que permite descubrir la valoración como aspecto del derecho, en significativa coincidencia con el trialismo.

5.2. Fenomenología de la sentencia

El desarrollo del tema requiere entonces el detenimiento en la labor judicial por constituir para la egología el punto de

¹ Miguel Angel CIURO CALDANI, “Teoría tridimensional y teoría trialista”, La Ley, 148, 1972, pág. 1217. Por su parte, el propio Goldschmidt reconoce su adscripción inicial a la egología cuando en un prefacio que data de 1949 dice que cuestión ociosa es precisar si las tesis expuestas en el libro suyo que en tal ocasión prologa son ortodoxas desde el punto de vista de la escuela egológica y que comparte con dicha escuela la convicción de que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, pareciéndole ello esencial. Allí mismo aclara que desviaciones de detalle en algunas cuestiones como discrepancias en otras no son obstáculo a que admire la obra de Cossio cuyo sistema iusfilosófico califica como el más grandioso del segundo tercio del siglo XX (Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Buenos Aires, EJE, t. II, 2ª edición, 1954, pág. IX). Claro está que con el tiempo las discrepancias iniciales se profundizaron al punto que Goldschmidt concibió su propia teoría del derecho incluso antitética con la egología en numerosos aspectos, lo cual no empuja la tarea de señalar sus semejanzas y aportes comunes para evitar el mantenimiento de posiciones supuestamente inconciliables *in totum*, desaprovechando la posibilidad del enriquecimiento recíproco entre ambas escuelas, producto del intercambio.

² Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1964, pág. 53.

³ *Ibidem*, págs. 49 y 181.

partida de su análisis. Tanto es así que «Fenomenología de la sentencia» es la expresión que el creador de la egología utilizó para denominar la introducción a su obra magna ⁴.

Para Cossio las normas individuales mientan en forma directa e inmediata la realidad jurídica porque cualquier clase de realidad está constituida por cosas individuales; lo universal pertenece al pensamiento, pero no a la existencia. Por ejemplo, no existe «el» mamífero, sino estos o aquellos animales mamíferos. La ley no existe sino en actos individuales (sentencias, resoluciones administrativas, negocios jurídicos); sin esta realización, por fuerza individual, las leyes son meros pensamientos ⁵. El acatamiento, o sea, la conducta que evita la sanción ⁶, o cumplimiento espontáneo de los deberes jurídicos también es aplicación de derecho, pero en tal caso el acto de aplicación no interesa, pues -como dice Goldschmidt- lo único que importa es la aplicación hecha (jurisprudencia) ⁷. El derecho, como señala Rosmini, citado por Reale, brilla con esplendor inusitado donde y cuando es violado ⁸. En otros términos, el acatamiento es la parte no patológica del derecho, no litigiosa y se compone por el cumplimiento masivo de los deberes jurídicos, tales como el res-

⁴ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...* El tema también es abordado por Cossio en otras obras como, por ejemplo *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967. Asimismo, sobre la experiencia jurídica, particularmente la experiencia judicial, siempre dentro del pensamiento egológico, pero con el enriquecimiento proveniente del profundo conocimiento del *common law* y de las teorías sobre el derecho desarrolladas en EE.UU., como así también de la meditación personal, resulta fructífera la lectura del libro recientemente publicado por Julio C. CUETO RÚA: *Una visión realista del derecho (Los jueces y los abogados)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

⁵ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, págs. 103-106.

⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa S.A., 7ª edición, 1993, p. 246.

⁷ Werner GOLDSCHMIDT, "Explicación de la teoría de la situación jurídica", en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, págs. 361-364,

⁸ Miguel REALE, *Filosofía del derecho*, Pirámide, Madrid, 1979, t. I, p. 215.

peto de las normas de tránsito, el pago de los impuestos, el cumplimiento de los contratos.

Ahora bien, como señala Cueto Rúa, 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, eligiendo la experiencia judicial de entre las variadas instancias de experiencia jurídica a su alcance ⁹.

5.3. La función judicial en el racionalismo jurídico

El racionalismo jurídico concibe al derecho como un fruto de la razón humana expresada por el legislador.

La identificación entre derecho y ley que conlleva a presentar al juez como un mero aplicador automático e insensible de las normas generales creadas por el legislador, mediante la modalidad del silogismo judicial, caracteriza al racionalismo jurídico. La norma general es la premisa mayor, las circunstancias del caso configuran la premisa menor y la sentencia la conclusión.

5.4. La función judicial en la teoría pura del derecho

Frente a esta concepción de la subsunción silogística mecánica reacciona la teoría pura del derecho señalando el carácter constitutivo de la sentencia judicial.

Para Kelsen, la ciencia jurídica tradicional observa la aplicación del derecho, sobre todo, aunque no exclusivamen-

⁹ Julio C. CUETO RÚA, "Carlos Cossio. El golpe de timón", La Ley, 1999-B, 1999, pág. 871.

te, en las decisiones de los tribunales que, cuando resuelven un litigio, aplican normas jurídicas generales al dictar normas individuales ¹⁰.

Pero agrega, “desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la constitución y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto)” ¹¹.

El tribunal tiene que establecer si en el caso bajo su consideración aparecen en concreto las condiciones que una norma general enuncia en abstracto para la aplicación de la consecuencia sancionatoria. Esta verificación del hecho condicionante de la consecuencia de lo ilícito, incluye establecer la norma jurídica general aplicable. El tribunal no tiene que responder a una *quaestio facti*, sino también a una *quaestio iuris*. Luego, tiene el tribunal que ordenar *in concreto* la sanción instituida *in abstracto* en la norma general. La sentencia no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio, de mero descubrimiento y formulación del derecho ya concluido como creación y fijo. La norma individual que estatuye es recién creada por la sentencia judicial ¹².

El carácter constitutivo de la sentencia judicial importa la admisión de que la función judicial no es tan sólo de conocimiento sino también de voluntad. La sentencia es un acto de voluntad del juez competente.

¹⁰ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho...*, pág. 246.

¹¹ *Ibidem*, págs. 246-247.

¹² *Ibidem*, págs. 247-248.

La función judicial coimplica creación y aplicación del derecho, correlación inexistente sin embargo en la primera constitución donde no se produce la aplicación de una norma superior ni en la ejecución de sentencia donde contrariamente no se verifica la creación de una nueva norma jurídica.

Cossio comenta esta superación de la teoría pura sobre la concepción clásica aclarando que «aplicar» no significa aquí tomar un objeto independiente para colocarlo encima de otro igualmente independiente, a fin de que quede allí adherido o de que deje allí sus huellas, como se aplican las etiquetas a las botellas o se opera con un sello y el lacre. «Aplicar» significa concretar; y en cuanto que la concreción total está en lo individual, la lógica jurídica es una lógica de la individuación, no una lógica de la tautología, como la de la matemática, ni de la generalización, como la de la naturaleza ¹³.

5.5.1. La función judicial en la teoría egológica

Al razonamiento vertido en el párrafo precedente -agrega Cossio- la observación de que esa descripción kelseniana se ha cumplido reclamando un elemento espurio de la lógica pues es evidente que el acto creador de un órgano es un objeto de una región óptica diferente de la región lógica de las significaciones creadas. Lo correcto de la descripción kelseniana es que proyecta la lógica normativa como la lógica de las decisiones de un protagonista, a diferencia de la lógica de las contemplaciones de un espectador. Mas Kelsen no ha visto con lucidez estas referencias que conciernen a los objetos significados adecuadamente por las significaciones, pero que no son cosas de las significaciones en sí mismas. Por el contrario, ha aludido a ello resucitando su ingenua idea de que el derecho puede ser considerado estática y

¹³ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 109.

dinámicamente. Para la consideración estática el derecho sería un sistema de normas; en cambio, para la consideración dinámica sería los actos creadores y ejecutores de los órganos en tanto que determinados por dichas normas ¹⁴.

Kelsen, con evidente confusión, cree que ambas se refieren a la misma cosa -el derecho-, aunque desde diferentes puntos de vista. No ve que el derecho, en un caso habla de normas, que son pensamientos; en tanto que, en el otro, habla de la conducta de los órganos, que son hechos reales. Los conceptos se interponen por delante de la realidad fluyente para mentarla. Como conocer es, ya, un modo de vivir, cabe exigir que se destaque y tematice, a la par del valor esquemático de los conceptos, su valor *impletivo*, es decir, su conjunción con la situación concreta en que el hombre esté situado en la medida en que un concepto es una actividad funcional del hombre mismo ¹⁵.

La creación judicial de la sentencia por parte del juez hace ver que no está fuera del derecho conociéndolo desde cierta distancia, cual si el derecho fuera una cosa conclusa y fija, sino que lo mira como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente. Aún más, no sólo está el juez dentro del ordenamiento jurídico, sino que *ésta en* su estructura como parte de esta estructura. Es decir, que en parte el derecho es el propio hecho del juez ¹⁶.

5.5.2. Elementos constitutivos de la sentencia

En la sentencia como en toda experiencia jurídica en general, se encuentran los tres componentes de ésta. En el caso más común, esto es, el de la sentencia que aplica directamente una ley, se observan tres elementos constitutivos.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 109.

¹⁵ *Ibidem*, págs. 110-111.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 115.

5.5.3.1. Estructura lógica que está dada al juez por anticipado: la ley

La función de esta estructura lógica es predeterminar en algún grado lo que la sentencia dirá, pues encauza la resolución judicial demarcando un círculo cerrado de posibilidades a las que el juez tiene que acomodarse. La ley es formal respecto de la sentencia que es concreta pues es la forma pensada de esa experiencia jurídica que va a resultar existente en la sentencia y sólo en ella. En rigor, esta estructura lógica, que en nuestra hipótesis, es la ley, es anterior a la sentencia, es decir, que le es *a priori*¹⁷. Evidentemente, siendo estructura conceptual, apriorística, no es experiencia sino independiente de ésta. Los objetos ideales no se dan en la experiencia, cuestión ésta de relevancia y motivo de análisis posterior (§ 7.3.).

La estructura lógica es necesaria, pues de la forma de pensar **Dado A, debe ser B**, salen una serie de verdades de razón, apriorísticas y necesarias como todas las verdades lógicas¹⁸, como ocurre con la estructura lógica de la experiencia natural, según la descomposición, por análisis, que practica Kant. Este se refiere a dos clases de elementos, por un lado, utiliza la equivalencia entre formal, necesario y *a priori* debido a que su investigación se circunscribe a la problemática suscitada por la matemática y la física. Esta estructura lógica la distingue del elemento material, contingente y *a posteriori*.

Este elemento formal es el enunciado de causalidad, estructura sintética común a todas las leyes de la naturaleza, que responde al siguiente esquema de pensamiento «dado A, es B», donde el «es» denota un enlace necesario.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 148.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 141.

El contenido empírico llena la forma o estructura lógica, pero es contingente por su contenido material y *a posteriori* por su naturaleza empírica.

Por ejemplo, en la ley física «los metales se dilatan con el calor» puede formularse en el enunciado formal y necesario «dado el calentamiento del metal A, es la dilatación B», sucintamente «dado A, es B». Pero esta estructura conceptual podrá llenarse de distintos modos, por un pedazo de hierro o de madera y calentarse por una llama o el sol, produciéndose la dilatación consecuente.

Cossio utiliza la descripción formulada por Kant de la experiencia natural, pero no la transporta al derecho como Stammler por cuanto la estructura lógica que se encuentra en aquélla no es idéntica sino análoga a la de la experiencia jurídica.

La particularidad del deber ser como cópula que fundamenta la lógica del deber ser válida para el derecho, difiere de la lógica del ser que vale para las ciencias que estudia la *Crítica de la razón pura*¹⁹, que alude a una relación de causalidad, no de imputación. Por ello Cossio dice que en la forma de pensar: **Dado A, es B**, el «es» denota un enlace necesario²⁰.

Por otra parte, la experiencia jurídica se diferencia de la natural por la presencia de un tercer elemento en la primera: la valoración jurídica (§ 5.5.3.3).

5.5.3.2. *Las circunstancias del caso*

Este segundo elemento es el ingrediente empírico, material y contingente, que pone al juez en presencia de la realidad, constituyendo una necesidad ontológica su considera-

¹⁹ *Ibidem*, pág. 139.

²⁰ *Ibidem*, pág. 134.

ción en tanto la ciencia del derecho es ciencia de realidades ²¹. Pero, el contenido empírico, a diferencia de la estructura lógica, es contingente dado que sólo podemos considerarlo efectivo cuando la intuición sensible nos ha comunicado su existencia por acción de presencia ²².

Estas circunstancias de hecho se dividen en dos clases:

1º) Las circunstancias mencionadas por la ley.

Son imputadas como antecedentes o consecuencias por la ley integrando la estructura de la sentencia. Por ejemplo, si la ley dice: «el que matare a otro será recluido por veinte años», tiene que haber en los hechos, para aplicar esta norma, alguien que haya cometido homicidio. Son generales y comunes pues se repiten de caso en caso ²³.

El contenido empírico de la experiencia jurídica consiste en las referencias dogmáticas comprendidas en la estructura lógica. Ejemplifica Cossio con el art. 128 del Código Civil argentino en cuanto, con anterioridad a su reforma en el año 1968, establecía la edad de 22 años como el momento en que se alcanza la plena capacidad civil para contratar de las personas que tienen un funcionamiento psíquico normal. De ello resultan los diferentes contenidos dogmáticos comprendidos en la enunciación: la edad de 22 años (pudo haber sido de 21 como ocurrió posteriormente), el año solar (pudo determinarse de otra manera, v.gr. con la muerte del *pater familia* como ocurría en Roma), el funcionamiento psíquico normal (pudo supeditárselo a condiciones de sexo o raza), que son las referencias o circunstancias del caso mentadas por la ley del régimen de la capacidad para contratar que lo condicionan y definen ²⁴.

²¹ *Ibidem*, págs. 148-149.

²² *Ibidem*, pág. 135.

²³ *Ibidem*, pág. 149.

²⁴ *Ibidem*, págs. 139-146.

2º) Las circunstancias que no están mencionadas por la ley.

Estas circunstancias no están mencionadas por la ley que se aplica en el caso de dar curso o rechazar una demanda. Cossio da el ejemplo del art. 1113 del Código Civil que consagra la responsabilidad indirecta del patrón por los daños que causaren los que están bajo su dependencia; pero en los tribunales argentinos en forma unánime y con acuerdo de la doctrina, este artículo no funciona sino cuando el hecho ilícito es cometido por el empleado «en el ejercicio de sus funciones», no bastando que lo sea en «ocasión del ejercicio de sus funciones»²⁵. Pero, el concepto «en el ejercicio de sus funciones» no está contenido en el citado art. 1113; en consecuencia, esta norma carece de una representación conceptual de ciertas circunstancias de hecho comunes y generales repetibles en indefinidos casos que integran la realidad tal como se da en la experiencia jurídica.

También hay otras circunstancias, dice Cossio, que no estando mencionadas por la ley son singulares y únicas del caso que se considera, pero tienen muchísima menos importancia en la teoría jurídica que las circunstancias comunes y generales no mencionadas por la ley. Su caracte-

²⁵ Ya en la primera edición de la teoría egológica su autor cita un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal cuyas circunstancias recuerda luego pormenorizadamente en la edición de 1964, consistentes en lo siguiente: estibadores de una sociedad anónima cargaban los fardos de su patrona en un buque, cuando se desató un fuerte aguacero. Con este motivo, se apartaron del trabajo y se guarecieron en un galpón a la espera de que pasase la lluvia, para seguir trabajando. Mientras esperaban, dos de ellos, que comenzaron bromeando, se fueron a las manos y uno mató al otro. La viuda del muerto demandó a la sociedad por la indemnización, haciéndola responsable del hecho ilícito cometido por el empleado matador. El tribunal resolvió que no procedía la demanda porque si bien los obreros estaban bajo el galpón «en ocasión del ejercicio de sus funciones», no estaban allí «en ejercicio de sus funciones» (Ibídem, pág. 150). El valor didáctico del ejemplo exime brindar un panorama actualizado de la doctrina y jurisprudencia respecto de la norma legal citada por Cossio, pero se advierte que al menos con posterioridad a 1944, año en que el autor publicó la primera edición de su obra capital, las opiniones doctrinarias y los criterios judiciales no fueron pacíficos acerca de cuáles son las circunstancias del caso no mencionadas por la ley.

rística común con estas últimas, es que son imputadas por el juez en todo cuanto la sentencia se funda en tales circunstancias no mencionadas por la ley; imputación *a posteriori* a diferencia de la efectuada por la ley que es *a priori* ²⁶, lo cual desemboca en la necesidad de considerar el tercer elemento esencial de la sentencia.

5.5.3.3. *La valoración jurídica*

Este elemento es necesario dado que el juez ineludiblemente debe estimar la totalidad de las circunstancias del caso y distingue a la experiencia jurídica de la natural, pues en ésta se produce la equivalencia entre lo formal y necesario por una parte y lo material y contingente por otra.

El juez, hemos visto, considera las circunstancias no mentadas del caso y las imputa *a posteriori*. Pero como valora todas las circunstancias del caso, también estima las mencionadas por la ley en cuanto ellas representan conducta humana. Ahora la valoración jurídica no crea la imputación normativa sino que valora la imputación misma dada *a priori* por la ley. Es decir, valora la ley, debiendo declarar que ésta se refiere al caso o no se refiere a él ²⁷. Se trata pues de dos funciones realizadas por una sola valoración porque es uno el acto de sentenciar.

Este tercer ingrediente tiene la particularidad de que pese a ser material como lo es el segundo elemento, es necesario como el primero (formal) en razón de que la conducta substrato de la valoración jurídica se compenetra indisolublemente con esta última. Precisamente, por este tercer elemento característico de la experiencia jurídica no se produce en ella la equivalencia entre lo formal y necesario por una parte y lo mate-

²⁶ *Ibidem*, págs. 150-154.

²⁷ *Ibidem*, pág. 156.

rial y contingente por otra, propia de la experiencia natural compuesta por los otros dos elementos exclusivamente. Facilita la comprensión de lo expuesto el siguiente cuadro:

Elementos		
1ª Caracterización	De la experiencia natural	2ª Caracterización
Formal	Estructura lógica	necesario
Material	Contenido empírico	contingente
De la experiencia jurídica		
Formal	Estructura lógica	necesario
Material	{ Valoración jurídica }	
	{ Contenido dogmático }	contingente

Ejemplificando, en nuestro derecho podría no haber habido hipoteca, así como no hay enfiteusis; pero cualesquiera sean los contenidos dogmáticos, las situaciones serán justas o injustas o más o menos justas que otras ²⁸.

Cabe efectuar una aclaración respecto del esquema kantiano de la experiencia natural y que Cossio recoge para la experiencia jurídica, en el sentido de que siendo la estructura lógica, apriorística, no es experiencia natural ni jurídica sino independiente de ésta. Los objetos ideales no se dan en la experiencia, cuestión ésta de relevancia y motivo de análisis posterior (§ 7.3.), conforme lo anticipara en el parágrafo anterior.

5.5.3.3.1. La comprensión

Kelsen, según Cossio, conforme fuera adelantado (§ 5.5.1.), no ve que el derecho, en un caso habla de normas, que son

²⁸ *Ibidem*, págs. 141-142.

pensamientos; en tanto que en el otro, habla de la conducta de los órganos, que son hechos reales. De ahí que la teoría pura pretenda que la aplicación de la ley se realice mediante un procedimiento meramente intelectual propio de los objetos ideales neutros al valor.

La intelección o intuición intelectual es un ver con la inteligencia el objeto ideal como esencia, sin poner nada más que el ver. El yo cognoscente es un simple espectador que toma pasivamente lo que el objeto le da y sin que el sujeto se introduzca en el dato, tomando posición o partido dentro de él y constituyéndolo como objeto en alguna medida con esta su toma de posición ²⁹. Por lo tanto, este acto gnoseológico con el que se constituye el método racional-deductivo no se corresponde con lo correcto de la descripción kelseniana que proyecta la lógica normativa como la lógica de las decisiones de un protagonista, a diferencia de la lógica de las contemplaciones de un espectador (5.5.1.).

La comprensión se parece en algo a la intelección porque también es un ver, pero no con la inteligencia sino con el sentimiento; por eso no es un ver que sólo viva el ver y no viva lo visto, el sentimiento a lo que ve, lo ve con la calidad de visto (vivido) ³⁰. La norma individual que emite el juez como expresión de lo que hace, 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 ³¹.

A su vez, el derecho -para Cossio- es un objeto cultural egológico cuyo substrato no es un trozo de naturaleza como el

²⁹ *Ibidem*, pág. 59.

³⁰ *Ibidem*, pág. 73.

³¹ *Ibidem*, pág. 114.

de los objetos culturales mundanales sino la conducta humana y en ella se lo intuye.

Los objetos culturales mundanales o egológicos se caracterizan por ser valiosos, por poseer un sustrato que sirve de base a un sentido espiritual valioso que se capta por comprensión. La espiritualidad del sujeto actuante es la que da sentido a sus actos. Mientras que en el ámbito de la naturaleza los objetos se explican mediante una cadena causal, quien intenta conocer un objeto cultural debe partir de su sustrato, la conducta si es egológico, y dirigirse a la espiritualidad para volver al sustrato. Este tránsito del sustrato al sentido y viceversa conforma el método empírico-dialéctico propio de los objetos culturales, que se dan en la conciencia por el acto gnoseológico de la comprensión. Comprender significa conocer el sentido de algo.

5.5.3.3.2. La intuición emocional

De igual modo que los objetos naturales los culturales también se dan en la experiencia, aunque los primeros se aprehenden por una intuición óptica independiente a la vez que no pueden predicarse de ellos cualidades axiológicas³², a diferencia de lo que ocurre en los segundos en los que se distingue un sustrato material, susceptible de ser aprehendido por la intuición sensible y un sentido espiritual dado por los valores que el hombre incorpora a dicho sustrato, captados por la intuición emocional.

La intuición óptica de los objetos culturales no es una intuición sensible independiente porque está dialécticamente enlazada a la intuición ontológica del sentido. La intuición

³² Un perro, por ejemplo, puede ser lindo o feo, pero este juicio no se emite considerándolo como objeto de la naturaleza. La zoología no se ocupa de la belleza o de la fealdad del perro.

sensible de los objetos culturales no es una intuición independiente, capaz de constituir por sí sola un objeto dado al conocimiento ³³. En síntesis, el conocimiento de los objetos culturales se adquiere por la comprensión mediante el tránsito de la intuición sensible del sustrato a la intuición emocional del valor que en los objetos culturales mundanales incorpora el hombre mediante su creación o modificación, incorporación que no acontece en los egológicos por estar ínsito el valor en su sustrato que no es ya un trozo de naturaleza sino conducta humana, que se realiza a cada instante por actos de preferencia implicantes de necesaria valoración en tanto la elección de una conducta sobre otra obedece a la mayor estimación axiológica del ego actuante. Ahora bien, si toda elección se halla orientada por valores inevitablemente, el tratamiento de éstos no puede escapar a la egología.

5.5.4. El rol accesorio del silogismo respecto del acto de valoración

Como consecuencia de lo expuesto pueden advertirse las falencias de la teoría tradicional que en su afán de identificar el derecho y la ley, presenta al juez como un mero aplicador del derecho, según el silogismo: norma general (premisa mayor), caso concreto (premisa menor), sentencia (conclusión).

Pero esta idea de la subsunción silogística es errónea porque, por una parte, hay circunstancias de hecho que el caso ofrece, que no están mencionadas por la representación conceptual de la ley y que el juez considera o puede considerar siempre, de modo que la fundamentación de la sentencia en estas circunstancias no puede concebirse de manera alguna como una subsunción silogística, según se ha visto (§ 5.5.3.2.).

³³ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 100.

Y por otro lado, porque integrando las circunstancias mencionadas por la ley e imputadas por ella la realidad de la cual la norma es una representación conceptual, constituye una necesidad ontológica que dicha realidad, siendo conducta, se conozca por comprensión ³⁴, con la diferencia respecto del caso anterior de que la valoración no crea la imputación normativa que une a los hechos como antecedentes y consecuencia, sino que valora la imputación misma dada *a priori* por la ley ³⁵.

Si bien la sentencia no puede ser concebida como un silogismo o concepto que de ningún modo corresponde a la realidad, sino como un dato de la experiencia jurídica ³⁶, ello no significa que el silogismo esté ausente; por el contrario, interviene, aunque en forma posterior y accesorio al acto de valoración. Es siempre el sentido valioso del dato lo que determina la solución del caso y el saber cuál estructura legal alcanza a conceptualizar ese sentido es lo que lleva ineludiblemente a valorar la ley declarándola aplicable, antes de hacerla jugar deductivamente sobre el caso ³⁷. El juez refiere la ley al caso por dialéctica estimativa: el caso está sometido a la ley por subsunción sólo después que la ley ha sido declarada apta para el caso por valoración ³⁸, ley que le llegó al juez sólo como estructura formada en otro instante valorativo ³⁹. No hay ley alguna que pueda arrogarse una permanente univocidad. La ley más clara se puede tornar oscura en razón de las circunstancias donde habría de aplicársela ⁴⁰.

³⁴ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, págs. 149-150.

³⁵ *Ibidem*, pág. 156.

³⁶ *Ibidem*, pág. 149.

³⁷ *Ibidem*, pág. 159.

³⁸ *Ibidem*, pág. 163.

³⁹ *Ibidem*, pág. 166.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 177.

Al respecto resulta insoslayable la conclusión a que arriba Cueto Rúa respecto de la selección del Derecho y la selección del método. Dice este ególogo, cuyo pensamiento extractamos, que existe una tendencia a asumir sin la debida actitud crítica que una sola norma, o unas pocas, se refieren a cada caso, y que cada una de esas normas tiene un solo y verdadero significado, y que sólo existe un método apropiado de interpretación y que ese método elegido conduce a una y sólo a una conclusión lógica. Todas esas creencias son erróneas. El sistema jurídico como un todo, incluye principios, estándares y conceptos básicos, como “buena fe”, “orden público”, “buenas costumbres”, “diligencia debida” y “hombre razonable”, que se encuentran en juego en cada caso.

Varios métodos se encuentran disponibles para la interpretación de las normas jurídicas. No hay lógica inexorable alguna para elegir un método en particular y descartar los otros como inútiles o inadecuados. El juez elige una norma jurídica porque ella, tal cual fue interpretada a la luz de un determinado método de interpretación, otorga el fundamento normativo requerido para la *justa adjudicación del conflicto*. Por ello, el factor decisivo en el proceso judicial, es la justicia ⁴¹.

Cabe recordar que Cossio no comparte el arraigado criterio de que la norma constituye el camino metodológico para el conocimiento del ser del derecho, que en tanto conducta se capta por comprensión, sin recurrir a ninguna norma y que, en cambio, para el conocimiento de los modos de ser del derecho -facultad, obligación, transgresión y sanción-, se requiere necesariamente la norma constitutiva de estas determinaciones ⁴².

⁴¹ Julio César CUETO RÚA, *Una visión...*, págs. 309-313. Ver también *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, publicado por The Publications Institute, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, Baton Rouge, Louisiana.

⁴² Confr. Carlos COSSIO, en *La Ley*, 76, 1954, pág. 749, y también “¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?”, *La Ley*, 52, 1948, pág. 1080.

5.6. La función judicial en la teoría trialista

La descripción precedente muestra que la egología encuentra en toda sentencia los tres elementos esenciales de toda experiencia jurídica: la norma jurídica aplicable al caso (estructura lógica apriorística), la conducta (dentro de las circunstancias del caso) y los valores jurídicos⁴³. Esta descripción constituye la base que permite tender un puente entre la egología y el trialismo, pese a sus diferencias, para desembocar en una reflexión comparativa respecto de los valores, tanto en la tesis antiiusnaturalista de Cossio como en la teoría de la justicia de Goldschmidt⁴⁴.

La teoría del funcionamiento de la norma de Goldschmidt configura una de las posibilidades de colaboración entre el trialismo y la egología aludida *supra*, en sus aspectos coincidentes con la fenomenología de la sentencia egológica, en cuanto el trialismo sostiene que dicho funcionamiento normativo se realiza en varias etapas⁴⁵.

⁴³ Julio C. CUETO RÚA dice que Cossio encuentra en toda sentencia tres elementos esenciales: a) los comportamientos de todos quienes son llamados a intervenir en el proceso; b) las normas aplicables al caso y c) los valores jurídicos (“Carlos Cossio, El golpe de timón”, La Ley, 1999-B, 1999, pág. 869). Pero conviene aclarar que la estructura lógica no constituye un elemento de la experiencia jurídica en tanto es *a priori* de esta última. La norma es necesaria para la constitución de la experiencia jurídica, es el elemento formal o racional que organiza el material empírico, pero no forma parte de aquélla, salvo en la etapa de la aplicación normativa. La distinción egológica entre ley y sentencia no es esencial al respecto puesto que si bien la primera resulta existente en la sentencia (Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 148), es decir, en el momento de la aplicación de la norma, aquélla a su vez, es *a priori* para los litigantes, incluso para el propio juez en el supuesto de que deba continuar su intervención como consecuencia de que la sentencia no se cumpla espontáneamente. La norma general se materializa en la sentencia o en el cumplimiento espontáneo, convirtiendo su idealidad en realidad.

⁴⁴ Esta reflexión fue sugerida por el Prof. Germán Bidart Campos en su carácter de miembro del Consejo Académico del Doctorado en Derecho de la Universidad.

⁴⁵ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 6ª edición, 1996, pág. 252.

El maestro germano-argentino distingue la interpretación de la norma de su aplicación, como etapas del funcionamiento de las normas. La interpretación exige examinar si la norma describe fielmente la voluntad de su autor y, caso contrario, adaptar la primera a la segunda ⁴⁶. Muchas veces las normas contienen partes en blanco que deben llenarse según la intención de sus autores; tal es el objeto de la determinación. Con frecuencia no hallamos una norma adecuada al supuesto de hechos que contemplamos, en cuyo caso nuestra misión está en elaborar una norma teniendo en cuenta el contexto del ordenamiento jurídico; se habla en esta hipótesis de la elaboración de la norma o de la integración del ordenamiento normativo. Por último, y ya disponiendo de la norma aplicable, los que nos toca hacer es aplicarla: la aplicación de la norma. La interpretación y la aplicación de la norma son etapas necesarias de su funcionamiento; su determinación y elaboración lo son sólo a veces ⁴⁷.

La interpretación de la norma consiste en una comparación entre su sentido actual conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación, sobre todo con miras a clases de casos imaginarios o reales. La aplicación de la norma se hace, en cambio, siempre con respecto a un caso dado. La interpretación se hace prácticamente para preparar futuras aplicaciones de la norma. Pero lógicamente la interpretación es independiente de la aplicación. Al revés, la aplicación supone lógicamente siem-

⁴⁶ La interpretación consiste en la comparación de la interpretación literal con la interpretación histórica y en el supuesto de una discrepancia entre ambas, en la adaptación del texto a la auténtica voluntad del legislador histórico. En esta materia rige el principio de la lealtad. Si la lealtad con el legislador histórico nos condujese a una evidente injusticia, acudimos como corrección a la laguna dikiológica. De ningún modo es lícito distorsionar la voluntad histórica reemplazándola por una pretendida voluntad de la ley, distinta de la voluntad del legislador (Werner GOLDSCHMIDT, "Semblanza del trialismo", *El Derecho*, 113, 1985, pág. 736).

⁴⁷ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 252.

pre la interpretación de la norma. Los juristas científicos pueden especializarse en interpretación de las normas sin llegar a aplicarlas, verbigracia, al redactar un comentario a una ley. Ahora bien, mientras que la diferencia entre la interpretación y la aplicación de la norma es bien clara en la norma general, ambos fenómenos confluyen indistintamente en la norma individual ⁴⁸.

La idea de la justicia, inherente a la aplicación, precedida e independiente lógicamente de la interpretación en el pensamiento de Goldschmidt, armoniza con el concepto de derecho que sostiene. Para él, los valores de orden y seguridad son consustanciales con la esencia del derecho humano, razón para no confundirlos con el valor justicia hacia el cual tiende aquél y que puede o no encarnar sin ganar o perder por ello nada en el estrato ontológico ⁴⁹. De ahí que a los primeros los considere valores constitutivos y al último meramente regulativo ⁵⁰, porque la justicia humana siempre es imperfecta en su realidad, y sólo una idea regulativa como ideal. En rigor, no existe sino la justicia divina ⁵¹.

La interpretación es bidimensional (normosociológica); pero su funcionamiento es tridimensional ⁵². La norma, por un lado, es la descripción del contenido de las voluntades de su autor, respondiendo a la pregunta ¿qué es lo que quieren los repartidores? y, por el otro, describe el cumplimiento de tal voluntad, contestando a la pregunta ¿qué es lo que realmente ocurre? ⁵³. Ahora bien, perteneciendo la voluntad y su cumplimiento a la dimensión social y la descripción a la di-

⁴⁸ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 254.

⁴⁹ Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Buenos Aires, EJEA, 2ª edición, t. II, 1954, pág. VIII.

⁵⁰ Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, pág. XV.

⁵¹ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 414.

⁵² Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 280.

⁵³ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 197.

mensión normativa, la interpretación, comparando la descripción con su objeto y adaptando en su caso, la primera al segundo, se desenvuelve en dos dimensiones ⁵⁴.

En cambio, la dimensión dikelógica está ausente en la etapa de la interpretación. La interpretación precede, pues, a la intervención de la justicia, que a su turno valora principalmente, las adjudicaciones de potencia e impotencia y, derivadamente, sus descripciones. Para valorar la norma como justa o injusta, ella ha de ser previamente interpretada ⁵⁵.

Pero, aclara Goldschmidt, que si bien es cierto que la interpretación de la norma es independiente de la idea de justicia (aunque luego la norma interpretada es estimada justa o injusta), no lo es menos que la justicia interviene en el funcionamiento de la norma, o sea, en la etapa de la aplicación del derecho. En efecto, la justicia dirige la elaboración de la norma que integra el ordenamiento normativo, toda vez que puede ocurrir, o que ninguna norma reglamente el caso (laguna histórica), o que la norma que lo quisiera regir, fuera injusta (laguna dikelógica): en ambas hipótesis procede la elaboración de una norma a fin de integrar el ordenamiento normativo, la cual, ella sí, debe redactarse a la luz y al calor de la justicia ⁵⁶.

Goldschmidt considera que cualquiera de las fases del funcionamiento de la norma tiene por fin remoto el caso concreto, pero que sólo la aplicación se vincula necesariamente a él. La interpretación puede ejercerse con miras a caso irreales o imaginarios ⁵⁷. La aplicación de la norma se hace, en cambio, siempre con respecto a un caso dado y ambos fenómenos confluyen indistintamente en la norma individual.

⁵⁴ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 280.

⁵⁵ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 280.

⁵⁶ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 280.

⁵⁷ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 300.

5.7. Conexiones entre la egología y el trialismo

Lo expuesto respecto del trialismo coincide a grandes rasgos con la egología en cuanto, como vimos, encuentra en toda sentencia los tres elementos esenciales que requiere la configuración de toda experiencia jurídica: la norma jurídica aplicable al caso (estructura lógica apriorística), la conducta (dentro de las circunstancias del caso) y los valores jurídicos.

Tanto en la elaboración de la norma individual del trialismo como en la sentencia, acto que la egología considera el fenómeno jurídico por antonomasia, se conjugan, materializan o confluyen los tres aspectos del derecho: hecho, norma y valor.

Como el derecho es realidad y la ciencia jurídica es una ciencia de realidades, la piedra final de toque estará allí donde ese conocimiento toma contacto con la realidad. Esta última es siempre individual -un aquí y ahora- y el derecho no escapa a esta regla. El punto crucial de verificación deberá encontrarse en la determinación del sentido de un trozo concreto de conducta humana. En la experiencia jurídica tal cosa ocurre a través del enunciado de normas individuales (negocios jurídicos, actos administrativos) especialmente y en forma paradigmática en las sentencias judiciales ⁵⁸.

Goldschmidt sostiene que las valoraciones son siempre concretas dando lugar a normas individuales: la justicia recae, pues, sobre la solución justa de un caso ⁵⁹ y Cossio, por su parte, rechaza una noción abstracta de justicia, sin contenido de realidad, pues ella está concretamente contenida en las cosas mismas. Es difícil -aclara- y aun imposible decir en qué consiste la verdadera justicia; pero no es difícil

⁵⁸ Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, pág. 354.

⁵⁹ Werner GOLDSCHMIDT, "Semblanza del trialismo", *El Derecho*, 113, 1985, pág. 737.

calificar a una situación, con verdad, como justa o injusta, o como más o menos justa que otra ⁶⁰.

Los principales intentos de respuesta a la cuestión fueron expuestos por Kelsen, en una suerte de sistematización, en su libro: *¿Qué es la justicia?*, interrogación a la que denomina la sempiterna pregunta de la humanidad, acotando que no hubo pregunta que haya sido planteada con más pasión, ni meditado con mayor profundidad por los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, concluye el maestro vienés, ahora como entonces, carece de respuesta ⁶¹. Sin embargo, en la experiencia, todos sabemos que es lo justo en cada caso concreto, aunque nadie haya sido capaz de definirla convincentemente, y bien podría aplicársele a la pregunta sobre el ser de la justicia la reflexión de San Agustín relativa al tiempo. El obispo de Hipona se preguntaba ¿qué cosa es el tiempo? Y respondía: Si nadie me lo pregunta, yo lo sé para entenderlo; pero si quiero explicarlo a quien me lo pregunte, confieso que no puedo ⁶².

De modo que la dificultad definitoria del concepto de justicia no impide su concurso en la constitución del derecho, pese a que Cossio no incluya explícitamente al valor en su definición de derecho y a que Goldschmidt relegue la justicia a la etapa de su aplicación, en el derecho humano. De hecho, se nos pregunta la hora o el día en que vivimos y respondemos con eficacia, se pide justicia y se la imparte, aunque en mayor o menor medida, incluso también se la niega, a veces sistemáticamente, puesto que su realización no es plena.

⁶⁰ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 142. El mismo Cossio utiliza diversas nociones de justicia, pero todas ellas imprecisas e indeterminadas, como por ejemplo: la creación de igualaciones de libertad, el mejor entendimiento societario y la racionalización del derecho.

⁶¹ Hans KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Leviatán 1981, págs. 7-8.

⁶² SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, trad. Eugenio Ceballos, Buenos Aires, Difusión, 1946, pág. 324.

5.8. Diferencias entre la egología y el trialismo

Las coincidencias existentes respecto de la visión de la función judicial entre la egología y el trialismo derivadas de la fenomenología de la sentencia expuesta por la primera y la teoría del funcionamiento de la norma de Goldschmidt no admiten ningún paralelismo entre ambas escuelas, de acuerdo a las posturas extremas de sus fundadores, cuando se trata de la cuestión de la valoración de la ley, pues para Cossio la valoración de orden, seguridad, justicia, poder, paz, cooperación y solidaridad, es immanente y no trascendente a la ley, está dentro de ella no afuera ⁶³.

A través de la función judicial se evidencia la importancia que asume el valor en la egología y en el trialismo, excluido en otras corrientes iusfilosóficas. A su vez, el abismo existente entre ellas respecto del tema de la valoración de la ley se revela por el lado del pensamiento de Goldschmidt en la siguiente tesitura: La única fuente de la valoración es el mismo valor; pero el valor es una fuente ideal, y no es por ello real, ni material, ni formal ⁶⁴. Y agrega en otro trabajo suyo que por ser un ente ideal, no es asequible sino a la razón; y por ser un ente ideal dado y no fabricado, no es producto de la actividad humana sino del Ser Supremo. Todos los deberes que la justicia produce, son deberes ideales. El valor justicia como valencia da lugar a un deber ser puro. Hay equivalencia entre las afirmaciones: «la justicia es un valor», y «la justicia contiene un deber ser puro». La pureza de este deber ser tiene por origen la separación de la justicia de su material estimativo o sea de su objeto de valoración ⁶⁵.

⁶³ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, págs. 142 y 162.

⁶⁴ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 400.

⁶⁵ Werner GOLDSCHMIDT, “Deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico”, en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, pág. 494.

La diferencia con Cossio en este punto no puede ser mayor puesto que para él, siguiendo la línea de pensamiento imperante, los valores carecen de estructura ontológica propia. Se trata de objetos no independientes que requieren la presencia de un ser para poder integrarse ontológicamente. Los valores no tienen la categoría de ser, propia de los objetos reales e ideales, pues como dijo Lotze los valores no son, sino que valen, no son entes sino valentes.

Esta diferencia puede mostrarse en las siguientes fórmulas de máxima condensación: Cossio sostiene que el derecho es un objeto valioso, mientras que para el trialismo el elemento jurídico preponderante es el valor justicia (§ 1.1.).

Adviértase que Cossio tiene en cuenta al valor como uno de los caracteres principales para elaborar su clasificación general de los objetos, que distingue en ideales, naturales, culturales y metafísicos, pero lo excluye como género de las ontologías regionales que desarrolla.

El problema del valor aparece en la concepción cossiana en forma inevitable, como consecuencia de que siendo el derecho un objeto cultural egológico se encuentra aquel ínsito en su sustrato: la conducta, que como tal implica preferencia, es decir, elección entre posibilidades cuyo ejercicio requiere necesariamente valores que la orienten. De ahí que Cossio incursionara en la axiología jurídica llegando a desarrollar una teoría sobre los valores jurídicos, que no ha sido definitiva dado que también anunció una teoría de la justicia cuya formulación no alcanzó a concretar ⁶⁶.

⁶⁶ Cossio expuso su concepción sobre los valores jurídicos en varias de sus obras, por ejemplo, en la segunda edición de 1964 de la *Teoría egológica* y en la tercera edición de *El derecho en el derecho judicial* de 1967, se ocupa del tema. Pero también existen varios artículos sobre axiología jurídica publicados entre 1956 y 1967. Ellos son: "Las actitudes filosóficas de la ciencia jurídica" (La Ley, 82, 1956, pág. 753); "Los valores jurídicos. Meditación sobre el orden y la seguridad" (La Ley, 83, 1956, pág. 1017); "Los valores jurídicos. Meditación sobre el poder y la paz" (La Ley, 84, 1956, pág. 636); "Los valores jurídicos. Meditación sobre la cooperación y la solidaridad" (La Ley, 84, 1956, pág. 693);

En cambio, Goldschmidt fue más allá, sosteniendo la posibilidad de constituir al valor como objeto de conocimiento científico. Propuso una ciencia de la justicia, que denominó «dikelogía» y la expuso principalmente en su obra *La ciencia de la justicia*⁶⁷, oponiéndose a todos aquellos que negaban la científicidad de la materia, sorteando la dificultad de la ubicación del valor dentro de las ontologías regionales al destacarlo como objeto ideal⁶⁸, asequible a la razón.

“Los valores jurídicos: estructura del plexo axiológico” (La Ley, 84, 1956, pág. 789); “Los valores jurídicos. Primera meditación sobre la justicia” (La Ley, 84, 1956, pág. 899); “El derecho y sus valores parcelarios” (La Ley, 126, 1967, pág. 934) y “La justicia” (La Ley, 126, 1967, pág. 1037), sin perjuicio de otros trabajos atinentes a la temática de los valores jurídicos. Julio C. Cueto Rúa ha continuado la labor egológica sobre la relación entre los valores y su función en el proceso judicial para lo cual ha debido y logrado sistematizar los trabajos dispersos de Cossio. Al respecto pueden leerse sus libros ya citados *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, especialmente los capítulos IX y X, como así también *Una visión realista del derecho*, preferentemente, capítulos III y IX.

⁶⁷ Werner GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958; reimpresión Depalma, Buenos Aires, 1986.

⁶⁸ En realidad, la ubicación de los valores entre los objetos ideales responde al pensamiento tradicional que identifica ente y valor. El planteo que rechaza la ubicación del valor dentro de las ontologías regionales lo sintetiza Lotze con su frase «*los valores no son, sino que valen*», lo que permite -por un lado- patentizar el elemento axiológico del derecho, negado por el positivismo en general y -por otro- impugnar la doctrina iusnaturalista que al ceñir los valores al plano ideal puede postular la entificación del valor, manteniéndolo como materia de estudio de la ontología y la justificación de un derecho natural independiente del derecho positivo. También dice Goldschmidt que la única fuente de la valoración es el mismo valor; pero el valor es un ente ideal (GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 400); en coincidencia, con su afirmación de que el hombre tiene autarquía moral, si bien no le corresponde autonomía moral (Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 26). Reale, en cambio, se aparta de la teoría de los objetos tradicional y considera al valor como un *tertium genus* de objeto (Miguel REALE, *Teoría tridimensional del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1978, pág. 103), destacando que mientras los objetos ideales valen independientemente de lo que ocurre en el espacio y en el tiempo, los valores sólo se conciben en función de algo existente, o sea, de cosas valiosas (Miguel REALE, *Filosofía del derecho*, Madrid, Pirámide, 1979, t. I, pág. 159), tesis esta que no parece consistente puesto que si los valores únicamente se conciben en función de algo, las cosas valiosas, no se alcanza a comprender el fundamento de la incorporación de una supuesta nueva categoría ontológica de lo que no es si sólo tiene cualidad de otro ente.

Goldschmidt, sostiene que dentro de cada dimensión, el deber ser constituye una forma especial del ser correspondiente, el deber ser real de la realidad, el deber ser lógico de los entes ideales, y el deber ser dikelógico del valor justicia. Lo que no es posible es que la realidad engendre un deber ser lógico o dikelógico ⁶⁹. En efecto, de los entes ideales exigentes, o sea de los valores, que contienen como tales, cada uno, un deber ser puro, valor como valencia, no se llega al deber ser real, ni viceversa ⁷⁰.

El trialismo argumenta que se citan las palabras de Lotze: «*los valores valen, pero no son*», como si éste quisiera negar a los valores carácter real, cuando en verdad distingue cuatro tipos de realidad: la calidad irreductible de la valencia distinta del ser de las cosas, del acaecer de los acontecimientos y de la subsistencia de las relaciones. Añade Goldschmidt que a la realidad de los entes lógicos y los valores quisiera llamarla «objetividad» ⁷¹. Empero, la tesis representada por la frase de Lotze, significa con suficiente diafanidad que la valencia de los valores es heterogénea al ser de las cosas, lo cual no controvierte Goldschmidt que distingue diferentes tipos de realidades, objetividad en los valores, objetividad en los entes ideales y realidad en los entes reales. Sin embargo, su afirmación de que los valores tienen determinada realidad, conlleva la tradicional equiparación -plasmada en la *República* de Platón, para quien el bien es un ente-, del ser con el valor que comparte el fundador del trialismo al pensar que los valores son entes, ideales exigentes, opinión de la cual no es posible participar si se piensa con Scheler que sólo constituyen cualidades de entes.

⁶⁹ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 101.

⁷⁰ Werner GOLDSCHMIDT, "Ser y deber ser", en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, pág. 82-83.

⁷¹ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 101 y "Ser y deber ser", en *Justicia y verdad...*, pág. 81.

A su vez, la fórmula que le permite a Goldschmidt ensamblar las tres dimensiones, la social -formada por objetos materiales-, la normológica -formada por objetos ideales enunciativos- y la dikelógica -formada por objetos ideales valorativos-⁷², es decir, el modo como el realismo resuelve el problema de la integración, posibilita visualizar diferencias con la egología que estamos señalando.

La respuesta de Goldschmidt al referido problema de la integración la proporciona el realismo genético monoteísta, que recoge el cristianismo, y suministra una base firme al tridimensionalismo, según el maestro germano-argentino. Encontramos -agrega-, en primer lugar, la sociedad formada por hombres que tienen una relativa independencia con respecto al Creador, ya que existe el libre albedrío gracias al cual el hombre tiene autarquía moral, si bien no le corresponde autonomía moral: o sea, el hombre puede realizar o no los valores morales, pero no es autorizado a emitirlos. Al lado de la dimensión social, se halla la normativa. La independencia de esta segunda dimensión no estriba en la función descriptiva sino en la función integradora de la norma. Ambas dimensiones no son creadas por el hombre (porque no es capaz de hacerlas surgir *ex nihilo*), pero sí son por él fabricadas (o sea, hechas con material preexistente). Finalmente nos encontramos con los valores. Si éstos fuesen todos ellos fabricados por el hombre, se sumergirían en la dimensión social. Si al contrario, sobre todo con respecto a los valores que presiden la convivencia social, aceptamos que tienen una subsistencia independiente de nosotros, objetiva, llegamos a una tercera dimensión con propia personalidad. Estos valores juzgan sobre la convivencia social y las normas que la describen e integran. En otras palabras: si uno no cae presa del fatalismo en lo que concierne a la estructuración de la so-

⁷² Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 21.

ciudad y al establecimiento de las normas, y, por otro lado, no extiende equivocadamente el libre albedrío al establecimiento de las pautas morales, la integración del tridimensionalismo resulta hacedera ⁷³.

La extensa transcripción se justifica, creo, por cuanto expresa con elocuencia la filiación del trialismo respecto de la concepción que atribuye a los valores una fundamentación trascendente, revelando inconcusamente su carácter iusnaturalista y trascendentalista. Sin embargo, la postura de Goldschmidt ha sido atemperada por Ciuro Caldani, quien -refiriéndose a su maestro- dice que enraizó su versión fundacional de la teoría trialista del mundo jurídico en el realismo genético creacionista cristiano e incluso sostuvo dikelógicamente algunas posiciones estrechamente vinculadas a la doctrina católica, pero creemos que para ser trialista basta con sostener una posición realista que admita la legitimidad de estudiar al objeto jurídico con los tres métodos necesarios para su mejor comprensión ⁷⁴.

De esta forma se amplía considerablemente el espectro posible de seguidores del trialismo al abrir la teoría no sólo a quienes no participan del realismo genético creacionista cristiano sino también a aquellos que si bien con fuertes convicciones adhieren a esta concepción admiten al mismo tiempo su propia falibilidad aceptando confrontar con argumentos ajenos.

De todos modos, parece necesario que aun para la posición moderada, el trialismo para ser tal debe mantener un realismo cualitativo y genético, al menos éste en su vertiente acreacionista, dado que Ciuro Caldani no distingue para esta cuestión entre uno y otro, es decir, que es ineludible sostener

⁷³ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 26.

⁷⁴ Miguel A. CIURO CALDANI, "Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y iusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico", en *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N° 41, 1996, pág. 89.

que el mundo se basa en elementos para cuya captación necesitamos los sentidos y que posee una existencia con independencia del hombre ⁷⁵. No obstante, el realismo cualitativo al requerir los sentidos infiere la necesidad del yo percipiente sin el cual aquellos no se conciben, incurriendo, sin quererlo, a mi modo de ver, en la posición raciovitalista que postula la superación del dualismo realismo-idealismo.

Para Goldschmidt la científicidad de la valoración se manifiesta en el fenómeno sicosocial innegable que quienes la realizan le atribuyen validez universal, exigiendo de los demás que la reconozcan, haciéndoles reproches si así no lo hiciesen. Esta firme convicción de científicidad se pone en evidencia comparándola con los hechos síquicos que se dan cuando realizamos valoraciones subjetivas, por ejemplo en materia alimenticia: en este supuesto todos los días se reúnen comensales de los cuales cada uno come y bebe algo distinto del otro sin que la diversidad de gustos, sobre los cuales no hay nada escrito, empañe lo amistoso de la reunión. Equiparar, conforme lo hacen los relativistas, nuestras preferencias dikelógicas a nuestras predilecciones culinarias, conculca la evidencia de los hechos ⁷⁶. De ahí que se discuta sobre lo que es justo y lo que no lo es y no sobre gustos.

Vimos que para el trialismo procede la integración del ordenamiento normativo mediante la elaboración de una norma individual redactada al calor de la justicia para el supuesto de que la norma aplicable fuese injusta. Y en este orden de ideas, señala que la alusión del art. 16 del Código Civil argentino a los principios generales, hace referencia a los principios superpositivos ⁷⁷.

⁷⁵ Werner GOLDSCHMIDT, "Uni o pluridimensionalismo en el mundo jurídico", *La Ley*, 136, 1969, pág. 1217.

⁷⁶ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 400.

⁷⁷ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 299.

También dice que si la norma requerida está en innegable contradicción con una norma establecida, esta norma debe ser descartada y la laguna que entonces se abre y que se abre, como vemos, por razones de justicia, esta laguna dikelógica, hay que rellenarla de nuevo con la norma requerida. Desaparece, pues, dentro del panorama del trialismo la tradicional distinción de consideraciones *de lege lata* y *de lege ferenda*, distingo que arranca del positivismo jurídico ⁷⁸.

En cambio, para Cossio la valoración jurídica es inmanente al derecho y no algo trascendente hacia lo cual el tendiera como hacia su finalidad. El derecho no aspira ni tiende a realizar la justicia porque ya el derecho mismo es justicia positiva ⁷⁹. Lo que importa considerar en todos los casos de valoración de la ley, es que la valoración de orden, de seguridad, de justicia, etc., es inmanente y no trascendente a la ley, que está dentro de ella no afuera ⁸⁰.

Cuando Cossio se preocupa por evitar que se confunda a la teoría egológica con una variante de la escuela del derecho libre, sostiene que ésta hace superflua la legislación escrita y se entrega al señorío del arbitrio judicial. Pero agrega que nunca podría haber llegado a esta conclusión si hubiera sabido lo que la normatividad es en verdad. Habría tenido que reconocer que si ocasionalmente parece que el juez puede prescindir de una ley, no puede jamás prescindir del ordenamiento jurídico, en cuyo caso y precisamente por esa razón, tampoco prescinde de dicha ley, como pudiera creerse, porque la vivencia de la contradicción, inherente a las palabras, lo obliga a un trabajo intelectual de tipo normativo destinado a dar acomodo, tanto a la ley como a su resolución, dentro del mismo ordenamiento total ⁸¹.

⁷⁸ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 386.

⁷⁹ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 142.

⁸⁰ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 162.

⁸¹ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, págs. 177-178.

Las normas, es obvio, no existen en soledad sino en un contexto normativo y sin abstracción de su contenido, por cuanto esto último implicaría caer en un plano lógico-formal puro, superado por la lógica trascendental egológica.

5.9. Innecesariedad de la declaración de inconstitucionalidad en ciertos casos

Lo expuesto en el párrafo precedente es útil para considerar un sempiterno problema planteado incluso por autores autoproclamados adherentes a teorías jurídicas que rechazan cualquier posible injerencia de dogmatismo racionalista, pero que en definitiva, sin percatarse, opinan imbuidos por esta forma de pensamiento fuertemente arraigada tanto en la doctrina como en la práctica forense. Me refiero a la opinión generalizada, casi unánime, que sostiene que para prescindir de la letra de una norma jurídica en su aplicación a un caso concreto resulta menester la previa declaración de su inconstitucionalidad. Dicho de otro modo, cada caso concreto debe resolverse por la norma aplicable, o bien, mediante la previa e inexorable declaración de inconstitucionalidad de esta última si no coincide con la solución requerida axiológicamente.

Sin embargo, este procedimiento de resolución del caso concreto, conducente a una solución valiosa, encuentra dificultades de aplicación prácticamente insalvables en la mayoría de las hipótesis en que se presenta. Por un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la norma aplicable constituye un acto de suma gravedad institucional, según la Corte, de manera que debe ser considerada como una *ultima ratio* del orden jurídico ⁸², implicando ello que sea des-

⁸² Fallos 300:241, 302:457, La Ley, 1980-C, 1980, pág. 506, entre otros.

cartada casi siempre. Por otro, no procede de oficio sino a petición de parte, según la regla establecida por el más alto tribunal ⁸³ pese a no ser escasa la opinión doctrinaria que se pronuncia en sentido inverso.

Estos factores principalmente determinan que el referido procedimiento configure un remedio excepcional y, por lo tanto, una posibilidad casi nula para la solución de los innumerables casos sometidos a decisión judicial donde los valores jurídicos comprometidos no encuentran satisfacción.

Frente a este cuadro de grave dificultad para la realización de los valores jurídicos cabe confrontar la opinión de Cossio en cuanto sostiene que ninguna norma jurídica puede interpretarse unívocamente, como es el caso de reconocer en las proposiciones matemáticas, según consignamos más arriba (§. 5.5.4.). Esto se trasunta, en la incipiente evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene, cada vez más asiduamente, que ninguna norma jurídica puede aplicarse al caso concreto desprendiéndose de las consecuencias disvaliosas a que conduce semejante hermenéutica ⁸⁴.

Por lo tanto, no es necesaria la tacha sistemática de inconstitucionalidad de las normas cuya aplicación, según las circunstancias del caso concreto, conduce a consecuencias

⁸³ La Ley, 130, 1968, pág. 751; 42, 1946, pág. 887; por ejemplo.

⁸⁴ En tal sentido, la Corte sostuvo que «si la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de sus términos, conduce a resultados que no armonizan con principios axiológicos superiores, arriba a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso, o a consecuencias notablemente disvaliosas, la interpretación de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines y a los principios fundamentales del derecho en grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo» (C.S.J.N., *in re* «Saguir y Dib, Claudia Graciela», en Fallos 302:1284). También consideró, por ejemplo, que la aceptación de soluciones disvaliosas es incompatible con la misión de los jueces (C.S.J.N., *in re* «Jueces en comisión s/ juramento», en Fallos 313:1238). Estos y otros fallos dictados por la Corte constituyen la expresión del pensamiento de Oliver Wendell Holmes en cuanto dijo, en su célebre obra *The path of the law* que los jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de su decisión.

disvaliosas, sino que es suficiente su interpretación mediante un trabajo intelectual de tipo normativo destinado a dar acomodo, tanto a la ley como a su resolución, dentro del mismo ordenamiento total.

5.10. Conclusión

El presente capítulo, creo, permite apreciar coincidencias importantes entre la egología y el trialismo, sobre todo en cuanto tienen el mérito de incorporar la temática valorativa iusfilosófica, ajena a la mayoría de las tendencias en boga cuando los fundadores de ambas escuelas elaboraron sus respectivas teorías en las universidades argentinas, a la vez, que también nos posibilita avizorar sus grandes diferencias.

No obstante, tratando de plasmar el objetivo perseguido en el presente capítulo, expresado a su inicio, considero que las contribuciones aportadas en el plano axiológico o dikelógico por la egología, el trialismo y también por el integrativismo, se sincretizan de tal modo que las divergencias quedan minimizadas como consecuencia de la atemperación acontecida en la polémica del dualismo iusnaturalismo-iuspositivismo, más adelante esbozada, en tanto la diferencia entre uno y otro sector no es cualitativa sino de grado, conllevando esta derivación a la conclusión de que las teorías bajo análisis encuentran coincidencias en aspectos sustanciales más que discrepancias que a la postre parecen más bien secundarias.

CAPÍTULO 6

CINCO TESIS FUNDAMENTALES

6.1. Las cinco tesis de la ortodoxia egológica y de la neoegología

El contenido de las investigaciones realizadas en las páginas que anteceden deja entrever un concepto de derecho que recibe el influjo egológico, aunque no se encierra en este marco teórico al ofrecer una posibilidad de diálogo y crítica recíproca con otras corrientes del pensamiento jurídico. Parece particularmente fecundo para el análisis entonces la adopción de la plataforma de lanzamiento que propone Vilanova para una teoría general del derecho.

Este iusfilósofo sugiere cinco tesis caracterizantes de la ortodoxia egológica y que valen para la neoegología, denominación que identifica al pensamiento de quien formula la sugerencia ¹. Por su parte, Cossio intentó condensar su concepción en lo que denominó las cinco tesis fundamentales de la teoría egológica, que fueron publicadas en su libro *La teoría egológica: su problema y sus problemas* (1963), tesis que fueron reproducidas como la Parte III de su *Radiografía de la teoría*

¹ José VILANOVA, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, págs. 25-27.

egológica del derecho (1987). No obstante, optamos por la propuesta de Vilanova en consideración a que su síntesis de la ortodoxia egológica respeta con fidelidad el pensamiento de su maestro y porque incluye aspectos relevantes de la egología no extractados por Cossio, los relativos a la primera tesis de Vilanova (§6.2.1.), excluyendo otros que si bien integran el temario egológico lo hacen de un modo peri-sistemático, es el caso de la problemática involucrada en la gnoseología del error y, finalmente, porque nos permite ampliar el campo de la investigación con la incorporación del aporte neogológico.

A continuación me ocuparé de las cinco tesis egológicas y neogológicas, según la sistematización de Vilanova, para confrontarlas con el resultado de nuestras investigaciones y reformularlas en su caso.

6.2.1. La teoría jurídica estudia el derecho positivo (primera tesis)

Esta aserción enrola metodológicamente a la egología en el iuspositivismo y la enfrenta de la misma manera al iusnaturalismo ².

La idea egológica de que una conducta sin valor ontológicamente no puede ser y la inserción de los valores en el ser del hombre, que se corresponde con aquella idea, despertó la tacha de que habría un larvado iusnaturalismo en la teoría de Cossio, denuncia que éste le atribuye a Miguel Reale, en 1944, con motivo de la primera edición de su libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad* y a Jerzy Wróblewski, en 1966, con motivo de la segunda edición de la misma obra ³.

² José VILANOVA, *El concepto...*, pág. 26.

³ Carlos COSSIO, "La filosofía de la filosofía en el derecho natural", *La Ley*, 127, 1967, pág. 1310.

Reacciona Cossio contra esta sospecha a través de la redacción de tres artículos publicados en 1967 ⁴. En el primero de ellos, reitera que la teoría egológica impugna el derecho natural porque éste no presenta una base ontológica para sustentarse. Por causa de esta carencia de base ontológica, la crítica ecológica al derecho natural se presenta como una crítica total ⁵.

Recuerda Cossio a Husserl cuando exige un fenómeno perceptible como punto de partida para tener un caso ejemplar y acceder a una esencia, pues sin ello el filósofo pierde nada menos que el control del propio ente que está en juego y cuya presencia es irremplazable. Las doctrinas iusnaturalistas no son impugnables por formular la pregunta axiológica en el derecho. Tampoco son impugnables, *en principio*, porque den para ella una respuesta de contenidos axiológicos absolutos. Son impugnables porque sus respuestas axiológicas, al carecer de fundamentos ontológicos, son respuestas en el aire, esto es, sin base con relación a la experiencia ⁶, como podrían serlo una sentencia judicial, un contrato o un hecho ilícito.

6.2.2. Examen del derecho a la vida

Formulada la objeción al derecho natural por su carencia de base ontológica y restablecido el orden impuesto por San Alberto Magno para quien el bien es un predicado del ser, invertido por sus discípulos iusnaturalistas al colocar

⁴ El primero es el mencionado en la cita anterior y los otros dos se intitularon «La egología y el derecho natural» (La Ley, 127, 1967, pág. 1413) y «El derecho natural y la norma fundamental» (La Ley, 128, 1967, pág. 1067). Asimismo, en su obra *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, pág. 256, incluye un apéndice bajo el mismo epígrafe que el utilizado en el segundo de los artículos citados.

⁵ Carlos Cossio, “La filosofía...”, La Ley, 127, 1967, pág. 1310.

⁶ Carlos Cossio, “La filosofía...”, La Ley, 127, 1967, pág. 1312.

primero la justicia en la fundamentación y después el derecho, retornando éste a su lugar, cuyo ser es la cuestión originaria ⁷, la egología debe afrontar el embate iusnaturalista consistente en la tesis de que «*el derecho a la vida es una norma necesaria para la existencia de todo el derecho y de todo derecho*» ⁸.

En tal sentido, Legaz y Lacambra sostiene que «*es ontológicamente imposible que el derecho a la vida deje de estar reconocido positivamente por un **orden jurídico***» ⁹.

Sin embargo, para Cossio esta conclusión proviene de confundir tres cosas: la vida biológica, el valor de la vida biológica y el derecho de cada cual a no verse privado de la vida biológica. La primera es simplemente un hecho que existe o no existe; si existe, lo percibimos en su «ahí». Que la vida humana tenga valor es algo que se puede conceder sin dificultad y también defender que la vida biológica es condición integrante de la vida humana biográfica. Pero derivar del valor de la vida un derecho a ella configura el sofisma iusnaturalista que pretende equiparar la desaparición de la experiencia humana con el fenómeno de la muerte a una supuesta y similar extinción de la experiencia jurídica por la ausencia de la consagración normativa del derecho a la vida.

El fundador de la egología replica que cuando se habla de la aniquilación de la experiencia humana -comprendiendo, claro está, la experiencia jurídica- causada por el fenómeno de la muerte, se está hablando de una aniquilación real y efectiva; en tanto que cuando se habla de la aniquilación de la experiencia jurídica motivada por la omisión de consagrar el derecho a la vida, se está hablando de una ani-

⁷ Carlos COSSIO, "La filosofía...", La Ley..., 127, 1967, pág. 1312.

⁸ Esta cuestión la aborda Cossio en su artículo ya citado, "El derecho natural...", La Ley, 128, 1967, pág. 1067.

⁹ Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1953, pág. 301, citado por Cossio en "El derecho natural...", La Ley, 128, 1967, pág. 1067.

quilación conceptual, pues negar el derecho a la vida en el sentido de que el ordenamiento jurídico contendría una norma con este alcance, no significa la muerte real de nadie. Si la exclusión normativa elimina en idea la situación correspondiente, la elimina como licitud pero no como realidad: se trataría de una aniquilación como licitud pero no como realidad o experiencia ¹⁰.

Para confirmar su aserto apela a lo que denomina las paradojas de la historia sobre esta problemática, enumerando algunos casos en que el ordenamiento jurídico ha desconocido el derecho a la vida. La obligación de morir en defensa de la patria para los militares, la eutanasia y la pena capital, son algunos de los ejemplos mencionados que muestran la licitud jurídica del morir y el matar, como deber jurídico, facultad y sanción, respectivamente. Es decir, en los modos de ser de la licitud ¹¹.

6.2.3. El contenido mínimo de derecho natural

Esta idea de que el derecho a la vida parece constituir una norma necesaria para la existencia de todo el derecho y de todo derecho fue en definitiva la que utilizó Hart en 1961 cuando se refirió al «*contenido mínimo del derecho natural*» ¹², pero con la particularidad de que es considerado un cabal representante del positivismo jurídico. Al plantear cualquier cuestión referente a cómo deben convivir los hombres tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, dice el profesor de Oxford, es vivir. Hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Sin tal

¹⁰ Carlos COSSIO, "El derecho natural...", La Ley, 128, 1967, pág. 1068.

¹¹ Carlos COSSIO, "El derecho natural...", La Ley, 128, 1967, págs. 1070-1071.

¹² Véase H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 239. La versión original inglesa se publicó en 1961.

contenido, las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla ¹³.

Las exigencias comunes del derecho y la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, formuladas usualmente como prohibiciones. Las más importantes de ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar. Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, tener reglas de *cualquier* otro tipo? La vulnerabilidad humana es la razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: **No matarás** ¹⁴. Es de esta manera que debemos contestar a la tesis positivista que dice que «*el derecho puede tener cualquier contenido*» ¹⁵.

Pero el concepto mundialmente citado de Hart ya había sido planteado dentro de la propia egología, aunque enérgicamente desautorizado por su fundador. En efecto, Vilanova diez años antes se refirió al «contenido irreductible del derecho natural», que existe y es la propia vida ¹⁶. La idea es coincidente no sólo en cuanto a que debe haber un contenido mínimo o irreductible de derecho natural sino en cuanto a que este derecho es precisamente la vida.

Este intento de la juventud de Vilanova fue sofocado por su maestro Cossio en el artículo más arriba citado ¹⁷ donde no sólo replica a Legaz y Lacambra, Maritain y otros que se encuentran en la misma línea de pensamiento sino que con los

¹³ H.L.A. HART, *El concepto...*, págs. 238-239.

¹⁴ H.L.A. HART, *El concepto...*, págs. 240-241.

¹⁵ H.L.A. HART, *El concepto...*, pág. 246.

¹⁶ José VILANOVA, "Idea y realidad del derecho natural", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, N° 27, 1951, pág. 1059.

¹⁷ Carlos COSSIO, "El derecho natural...", *La Ley*, 128, 1967, pág. 1067.

mismos argumentos se preocupa por aventar cualquier tipo de sospecha iusnaturalista dentro de la teoría egológica y erradicar de ella posibles desvíos heréticos.

Sintetiza Cossio la postura de su discípulo en dos cosas, a saber: en la pérdida de su *sentido jurídico* por parte del ordenamiento normativo que negase el derecho a la vida, y en la idea de que al desconocerse así el derecho a la vida, los súbditos pierden *su sentimiento comunitario*, dejando de ser en consecuencia miembros de esa comunidad y quedando ésta abocada a su desaparición¹⁸. Pero las reflexiones más arriba mencionadas dirigidas en primera instancia contra los no ególogos las extiende a los argumentos expuestos heterodoxamente respecto de la egología, según su creador, que concluyen en la existencia de un «contenido irreductible del derecho natural». Sin embargo, el tema no parece estar agotado, en nuestra opinión, pese a las severas críticas formuladas por el fundador de la egología, motivo por el cual volveremos sobre la cuestión una vez que hayamos realizados algunos pasos previos necesarios para continuar su tratamiento.

6.2.4. Los derechos en serio

Dentro de este contexto cultural de reacción frente al positivismo dominante, referenciado en Hart, al menos según la creencia generalizada infundida por la preeminencia cultural anglohablante, tan hermética como recibida con avidez por el resto del mundo, actualmente globalizado, aunque en una sola dirección, cunde el pensamiento del norteamericano Ronald Dworkin, sucesor de Hart en la Cátedra de Jurisprudencia de Oxford. Este autor es el centro de atención durante la década de los setenta y encarna la más difundida

¹⁸ Carlos Cossio, “El derecho natural...”, La Ley, 128, 1967, pág. 1070.

crítica del positivismo jurídico pese a que su pensamiento no es considerado merecedor por muchos de la celebridad adquirida mundialmente. Fundada o no esta opinión, lo cierto es que sus ideas se hallan extraordinariamente extendidas, tal vez, por pertenecer al entorno cultural de Oxford; ideas nacidas justamente como consecuencia de su confrontación con el pensamiento de su antecesor en la cátedra. De ahí que también se dijera que precisamente por confundir la tesis central del positivismo, al circunscribirla especialmente en la versión de Hart, yerra el blanco ¹⁹, pues dirige su artillería a un llamado «modelo de reglas» que difiere sustancialmente de la teoría que pretende abatir ²⁰.

En efecto, para Dworkin el derecho no es sólo un conjunto de reglas puramente normativo, sino que también es un conjunto de principios morales que los jueces aplican en sus sentencias. El profesor norteamericano embate contra la posición positivista separatista entre derecho y moral, que para él es artificiosa pues los principios los toman los jueces de la moral.

Dworkin sostiene que no todos los casos pueden resolverse por aplicación racional deductiva de las normas generales (silogismo), estos son los denominados casos difíciles del derecho anglonorteamericano.

Distingue entre reglas que se siguen o no, como las vías del tren, pues no hay tercera alternativa y estándares. Estos, a su vez, comprenden las directrices o directrices políticas, que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social

¹⁹ Carlos S. NINO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 145. “Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular; usaré como tal la versión de H.L.A. Hart”, dice Ronald Dworkin en *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pág. 72.

²⁰ Genaro CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 74.

de la comunidad y los principios, que deben ser observados por exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión moral, aunque en la mayoría de los casos usa el término «principio» en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas ²¹.

Los principios pueden seguirse más o menos, o mejor dicho, no son obligatorios por sí mismos sino que son mecanismos a los que los jueces echan mano en la interpretación de las normas.

En el modelo de Dworkin los jueces son garantizadores de derechos no creadores de normas. Los jueces deben resolver los casos difíciles encontrando la **respuesta correcta** en el derecho establecido. De lo contrario, estarían creando normas de efecto retroactivo, violando el principio democrático de separación de poderes ²².

El juez encuentra una norma en un principio vigente en la comunidad, pero no la crea, pues no están autorizados a fallar discrecionalmente para hallar la respuesta correcta.

Un aspecto crucial que ofrece la obra de Dworkin se presenta al ocuparse éste de la situación que se produce cuando las normas y principios entran en conflicto, aunque en definitiva el problema se plantea, según su teoría, siempre entre principios, los receptados por la norma y los que se resisten a ella. Dice este autor que no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas y se pregunta ¿Cuándo se le permite, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Contesta: «*Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el*

²¹ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pág. 72 (original en inglés de 1977). Otra obra importante de este autor es *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferreri, Barcelona, Gedisa, 1992, cuya edición inglesa data de 1986.

²² Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, págs. 150-152.

cambio». Pero los jueces no son libres de elegir y escoger entre principios; si lo fueran tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria.

Agrega que una determinada norma es obligatoria quiere decir que «*Puede referirse a que lo norma cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar, y que colectivamente tienen más peso que otros principios que abogan por el cambio*».

En segundo lugar, dice que cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente no debe apartarse de la doctrina de la supremacía legislativa, que exige que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación y de la doctrina del precedente. Ambas, cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato. Los principios conservadores no son generalmente lo bastante poderosos como para proteger una norma del *common law* o una ley anticuada totalmente falta de apoyo en principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar ²³. En síntesis, si tienen mayor fuerza los principios conservadores que consagra la norma, ésta prevalecerá. Si son más convincentes los que abogan por el cambio, la norma no será aplicable.

De este modo, la teoría de Dworkin abrió un interrogante acerca de su ubicación dentro de la controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. De un lado se ha dicho que no habiendo un procedimiento para determinar cuáles razones deben prevalecer por sobre las otras, necesariamente debe concluirse que cualquiera que sea la decisión del juez, ha de estimarse derecho «válido» en el sentido positivista de la expresión ²⁴.

²³ Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, págs. 90-92.

²⁴ Marcelo MONTERO IGLESIAS, «¿De la “discreción judicial» a la «respuesta correcta?»», en *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N° 38, 1993, pág. 258.

Desde otra perspectiva, Vigo insiste no sólo en la filiación antipositivista de Dworkin, sino su adscripción dentro del pensamiento iusnaturalista, puesto que la alternativa entre iusnaturalismo e iuspositivismo no admite posiciones intermedias. La disyuntiva es terminante: si se postula la existencia de algo jurídico -aunque más no sea una norma, un principio o un derecho- cuya juridicidad no deriva de acto humano creador alguno y que admite ser conocido racionalmente, estamos instalados dentro del amplio y diversificado terreno del iusnaturalismo ²⁵. La adscripción al iusnaturalismo atribuido a Dworkin por el argumento invocado para ello no parece correcta toda vez que para él, las directrices y los principios, junto con las normas, derivan de acto humano creador. La instalación dentro del iusnaturalismo requiere para Vigo que la postulación de la existencia de juridicidad no derive de acto humano creador alguno y la admisión de su conocimiento racional, dado que evidentemente utiliza la palabra «y» como conjunción copulativa, no disyuntiva inclusiva.

Sin embargo, para otros, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables e intenta construir una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo ²⁶. A la posición de Dworkin no se la puede considerar antitética con el positivismo, sino que representa un posición ecléctica entre éste y el iusnaturalismo ²⁷. Asimismo, Dworkin es visto como un contradictor eminente de las ideas del positivismo, aunque no desde una postura trascendentalista, que él mis-

²⁵ Rodolfo Luis VIGO (H), *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, págs. 204-205.

²⁶ Albert CALSAMIGLIA, "Ensayo sobre Dworkin", en Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, pág. 11.

²⁷ Eduardo A. RUSSO, *Teoría general del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 59.

mo descarta ²⁸. En efecto, el profesor norteamericano sostiene que su teoría no supone que los derechos tengan algún carácter metafísico especial, y que se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición ²⁹.

Retornando a la fecundidad de la obra de Dworkin en tanto no sólo provocó gran cantidad de opiniones, algunas mencionadas, acerca de la ubicación de su pensamiento dentro de uno u otro de los términos de la polémica, sino que también condujo a la idea de que la controversia «positivismo vs. iusnaturalismo» es casi completamente trivial y puede ser fácilmente superada, previa reconstrucción de los argumentos antipositivistas de Dworkin, según la postura asumida por Nino ³⁰ y criticada por Carrió ³¹.

A su vez, una convocatoria del maestro chileno Agustín Squella Narducci, director de la renombrada revista citada, derivó en la publicación de un volumen monográfico dedicado a dar cuenta del estado de la controversia «Positivismo

²⁸ Carlos M., CÁRCOVA, *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, pág. 163.

²⁹ Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, pág. 37.

³⁰ Carlos S. NINO, "La superación de la controversia 'positivismo vs. iusnaturalismo', a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin" en *La validez del derecho...*, pág. 145. Una versión de la posición de Nino se había publicado en la revista *Mind* (LXXXIX, N° 356, 1980) con el título «Dworkin and Legal Positivism», no existiendo diferencias fundamentales entre una y otra versión.

³¹ Genaro CARRIÓ, *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986. Pero Nino escribe nuevamente sobre el tema bajo el título: "Dworkin y la disolución de la controversia 'positivismo vs. iusnaturalismo'", artículo que fue publicado primero en la Revista Latinoamericana de Filosofía y luego en la Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, N° 38, (1993), pág. 495, aunque esta vez con un Apéndice (pág. 524) donde el autor se refiere al libro de Dworkin, *El imperio del derecho* (versión inglesa de 1986), que contiene argumentos constitutivos de una respuesta implícita a las objeciones hechas a las posiciones del profesor de Oxford de *Los derechos en serio*.

jurídico y doctrinas del derecho natural» (Nº 41, 1997), que incluye numerosos artículos, donde la sola lectura de algunos de sus títulos revela que para varios autores la polémica parecería agotada, por ejemplo: «Iusnaturalismo vs. positivismo jurídico: un debate superado», de Carlos María Cárcova, «La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo», de José Delgado Pinto y el «Iusnaturalismo y positivismo jurídico: ¿dos dignos finales?», de Luis Alberto Warat.

De este modo, si bien en cierta medida la obra de Dworkin revivió la polémica en tanto algunos iusnaturalistas intentan deducir una revitalización del iusnaturalismo y otros autores de la corriente opuesta pretenden encontrar un fortalecimiento del positivismo como consecuencia de lo que estiman un poderoso embate pero frustrado en su contra; el debate arroja -en mi opinión- un resultado positivo porque abrió el camino para advertir con mayor claridad que ambos términos de la oposición no pueden identificarse en dos puntos extremos sino en sectores separados por una línea demarcatoria débil más representativa de una diferencia de grado que cualitativa.

6.2.5. Dworkin y Cossio

La mayoría de los autores que han terciado en la polémica y cuyas opiniones reflejan su estado actual, coinciden en la multivocidad de los vocablos iuspositivismo y iusnaturalismo, por cuanto designan varios objetos y son empleados con significados distintos. Tanto es así que, en general, la primera y principal preocupación de los iusfilósofos que tratan el tema consiste establecer qué entienden por iuspositivismo y iusnaturalismo, tratando de escudriñar los caracteres distintivos de uno u otro, desdeñando conceptos puros e introduciendo matices, formulando al mismo tiempo una serie de prevenciones o reservas, y remitiendo finalmente -ante cualquier posible insuficiencia demarcatoria- a las obras de

Norberto Bobbio, considerado en general como el referente clásico y obligado en la materia ³².

La indagación sobre las características de una u otra tesis significaría enredarse en la disputa que precisamente pretendo evitar, tarea además prácticamente ímproba, que arribaría finalmente a un criterio distintivo semejante a alguno de los ya emitidos con singular versación, a la vez que excedería los límites propuestos.

Baste por ahora con reiterar que la diferencia entre uno y otro sector no es cualitativa sino de grado y que la opinión ya citada de Calsamiglia de que Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural inmutable y universal, incurre justamente en el error de identificar al iusnaturalismo con uno de los puntos extremos de la disensión, como es el caso de la versión aristotélicotomista, que radica en Dios el fundamento del derecho natural y preconiza que la justicia es demostrable como una verdad matemática, prescindiendo de los matices que otros autores contemplan sin que por ello dejen de merecer el calificativo de iusnaturalistas ³³.

Existe una extraordinaria semejanza entre la teoría de Dworkin para quien el derecho no es sólo un conjunto de reglas, puramente normativo, sino que también es un conjunto

³² Son varias las obras del iusfilósofo italiano sobre el tema, pero tal vez la más difundida sea *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

³³ El iusnaturalismo racional por oposición al trascendental tiene su fuente en la razón del individuo humano y a través de ella encuentra una serie de caracteres fundamentales de la naturaleza humana, como por ejemplo, la necesidad de conservación de la vida, de la libertad, de la igualdad, etc., constitutivos de un contenido necesario de cualquier ordenamiento positivo. En esta línea se ubica a Thomas Paine, incluso el sedicente positivista H.L.A. Hart podría enrolarse en esta corriente debido a su exigencia de un contenido mínimo de derecho natural, aunque tampoco debe olvidarse que siempre mantuvo la separación metodológica entre derecho y moral, a diferencia de Dworkin que rechaza expresamente la tesis de la distinción entre derecho y moral.

de principios morales que los jueces aplican en sus sentencias para encontrar la respuesta correcta a los casos difíciles que no pueden resolverse por aplicación racional deductiva de las normas generales y la concepción de Cossio desarrollada en la década de los cuarenta que le asigna al juez el papel protagónico como paradigma del conocimiento del derecho, expuesta en el capítulo anterior ³⁴.

Ahora bien, así como se ha visto en el capítulo precedente que respecto de la función judicial, más allá de las semejanzas, hay un abismo al parecer entre la egología y el trialismo cuando se trata de la cuestión de la valoración de la ley, que para la primera es inmanente y no trascendente a ella, está dentro no afuera de la ley, mientras que la segunda se adscribe a un iusnaturalismo trascendentalista, con relación a la tesis de los derechos también existen diferencias bastante notorias con la egología aunque no abismales dado que Dworkin piensa que los principios integran el derecho incluso cuando no se encuentren receptados por las reglas jurídicas, es decir, cuando nadie los ha concebido previamente como derecho. En tal sentido, recuerdo la síntesis del pensamiento dworkiniano: si tienen mayor fuerza los

³⁴ Al respecto, dice Vernengo que sería justo recordar que tesis análogas, cuando no idénticas, a la de Dworkin fueron desarrolladas por Carlos Cossio, hace varias décadas (Roberto J., VERNENGO, "El derecho como interpretación e integridad", en Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, N° 38, 1993, pág. 25). Cárcova resalta la opinión de Vernengo comentando que éste se extraña de que no haya en Dworkin menciones a las ideas de Carlos Cossio, el conocido iusfilósofo argentino, padre de la egología, teoría que hundía sus raíces en el pensamiento fenomenológico y existencialista y que hace ya cincuenta años tematizaba, con profundidad y erudición, el papel constitutivo de la función judicial y la naturaleza peculiar de su tarea cognoscitiva (Carlos M. CÁRCOVA, *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, pág. 175). Asimismo, se ha señalado la notable coincidencia del modelo de Dworkin con la tesis de Cossio según la cual la fuerza de convicción de la sentencia requiere que ésta ajuste su valoración a patrones históricos vigentes, con cita de la obra egológica, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, págs. 242 a 246 (Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, pág. 381).

principios conservadores que consagra la norma, ésta se mantendrá, si son más convincentes los que abogan por el cambio, la norma no será aplicable.

Ya dejamos constancia de que Cossio, a través de tres extensos artículos publicados en la revista jurídica *La Ley*, rechazó enérgicamente la tacha de que en su teoría habría un larvado iusnaturalismo, calificación que a Dworkin no parece finalmente preocuparle conforme resulta de un trabajo suyo sugestivamente titulado «Retorno al derecho natural»³⁵, siempre y cuando -cabe interpretar- que no se identifique al iusnaturalismo con una postura trascendentalista, que el mismo descarta, como fue destacado más arriba.

El debate iusnaturalismo-iuspositivismo revivido por la obra de Dworkin, que en mi opinión arroja -como dijera- un resultado positivo porque abrió el camino para advertir con mayor claridad que ambos términos de la oposición no pueden identificarse en dos puntos extremos sino en sectores separados por una línea demarcatoria débil más representativa de una diferencia de grado que cualitativa, permite, a mi juicio, un replanteo de la idea de Vilanova respecto del «contenido irreductible del derecho natural», que existe y es la propia vida, desautorizada por el fundador de la egología y abandonada.

Retornando entonces a la firme reacción de Cossio frente a la heterodoxia inicial de Vilanova, que luego éste abandonó, nos parece particularmente difícil para la egología que pueda desembarazarse de la impugnación de que el derecho a la vida constituye una norma necesaria para la existencia del derecho toda vez que para ella y por definición el derecho es conducta, no es un tramo de naturaleza sino un momento de mi vida, definida bajo la fórmula de Ortega: «Yo soy yo y

³⁵ Ronald DWORKIN, "Retorno al derecho natural", en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, trad. S. Iñiguez de Onzoño; Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (comp.), Barcelona, Ariel, 1990.

mi circunstancia», donde radican todos los objetos. En los objetos egológicos el sustrato es la misma vida humana viviente ³⁶. Si el derecho es conducta es vida humana. La egología alterna el uso del vocablo **conducta** con las expresiones libertad metafísica fenomenalizada y vida humana viviente ³⁷. El derecho a la vida parece constituir, pues, una norma necesaria para la existencia de todo el derecho y de todo derecho.

Contra esta argumentación y frente a la opinión vertida y luego abandonada por Vilanova, reaccionó el fundador de la egología, como vimos, replicando que la omisión de consagrar el derecho a la vida por un ordenamiento jurídico no significa la muerte real de nadie y que tal exclusión normativa elimina en idea la situación correspondiente, la elimina o aniquila como licitud pero no como realidad o experiencia.

No obstante, el ordenamiento jurídico abstraído de su contenido, es decir, el conjunto de normas, que no consagre el derecho a la vida, por ejemplo, es sólo un elemento del derecho que no lo constituye por sí solo, más aún para la egología en tanto para ella la ley no existe sino en actos individuales, dado que sin esta realización, por fuerza individual, las leyes son meros pensamientos, ha dicho precisamente Cossio (§ 5.2.). La sentencia judicial, por ejemplo, que es el fenómeno jurídico por antonomasia, podría llevar por aplicación de la ley y la consecuente ejecución de aquélla a una aniquilación real de vida humana, es decir, a una eliminación como realidad o experiencia, a la muerte real de alguien. El texto normativo no es por sí sólo derecho, lo es la conducta normada, valiosa positiva o negativamente. La prohibición de la vida en un ordenamiento no significa la muerte de nadie, estamos de acuerdo, pero no es jurídico un ordenamiento donde se produce el aniquilamiento real de la vida mediante actos individuales.

³⁶ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 234.

³⁷ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 658.

Lo expuesto lleva a concluir que entre derecho y moral no sólo existe un vínculo conceptual necesario, sino que además el contenido moral que debe incluirse en el concepto de derecho es la preservación de la vida humana.

6.2.6. La teoría jurídica no sólo estudia el derecho positivo sino que también debe ocuparse de enjuiciarlo valorativamente (reformulación de la primera tesis)

La posición asumida en el párrafo anterior y el cuadro descrito de la problemática iusfilosófica actual en los aspectos señalados, posibilita argumentar que la primera tesis de la ortodoxia egológica, que comparte la neogología, sea objeto -al menos- de una reducción (o *epojé*), que en términos fenomenológicos significa dejar algo de lado, puesto entre paréntesis, no negación, ni siquiera duda, sino abstención de juzgar.

El problema del valor, vimos en el capítulo anterior (§ 5.8.), aparece en la concepción cossiana en forma inevitable, como consecuencia de que siendo el derecho un objeto cultural egológico se encuentra aquel ínsito en su sustrato: la conducta, que como tal implica preferencia, es decir, elección entre posibilidades cuyo ejercicio requiere necesariamente valores que la orienten. De ahí que Cossio incursionara en la axiología jurídica llegando a formular una teoría sobre los valores jurídicos.

En cambio, Goldschmidt fue más allá, como también destacáramos allí mismo (§ 5.8.), sosteniendo la posibilidad de constituir al valor como objeto de conocimiento científico, a la vez que propuso una ciencia de la justicia, que denominó «dikelogía», oponiéndose a todos aquellos que niegan la científicidad de la materia.

Sostener que la justicia puede constituir objeto de conocimiento científico resulta al menos osado, aunque también depende de qué se entiende por ciencia. Dentro de una con-

cepción kuhniana de la ciencia no sería forzado sostener dicho punto de vista.

Retomando una reflexión de Cossio ya expuesta (§ 5.7.), recordamos que éste sostiene que es difícil y aun imposible decir en qué consiste la verdadera justicia; pero no es difícil calificar a una situación, con verdad, como justa o injusta, o como más o menos justa que otra. En la experiencia, todos sabemos que es lo justo en cada caso concreto, aunque nadie haya sido capaz de definirla convincentemente, y bien podría aplicársele a la pregunta sobre el ser de la justicia la frase, extraída del pensamiento de San Agustín, relativa al tiempo: Sé lo que es cuando no me lo preguntan; pero cuando me lo preguntan, ya no lo sé (*ver* § 5.7.).

De modo que la dificultad definatoria del concepto de justicia no impide su concurso en la constitución del derecho pese a que Cossio no incluya explícitamente al valor en su definición del derecho y a que Goldschmidt relegue la justicia a la etapa de su aplicación, en el derecho humano. De hecho, se nos pregunta la hora o el día en que vivimos y respondemos con eficacia, se pide justicia y se imparte, aunque en mayor o menor medida, incluso también se la niega, a veces sistemáticamente, puesto que su realización no es plena (§ 5.7.).

Para explicarme recorro a una asociación de ideas que creo puede prestarme auxilio. Con referencia a la fundamentación ontológica del principio de prohibición en la teoría egológica se ha dicho que se funda en «*postulados metafísicos de difícil verificación*»³⁸. Pero, como bien señala Vilanova aunque respecto de la «libertad», reflexión que por mi cuenta y riesgo extiendo a la «justicia», por qué no ocuparse de tales postulados si, después de todo, desde Hume se admite que casi nada es verificable y hoy somos muchos los

³⁸ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 188.

que pensamos que las posiciones metafísicas son razonablemente argumentables ³⁹.

Considero, pues, que la teoría jurídica no sólo estudia el derecho positivo sino que también debe ocuparse de algo más. La descripción, sistematización y explicación del derecho para su comprensión es, desde luego, primordial, pero no se agota en sí misma, pues la teoría jurídica debe complementar esa primera parte incursionando en la axiología jurídica como lo hizo Cossio, quien llegó a elaborar una teoría sobre los valores jurídicos, que sin embargo no ha sido definitiva dado que también anunció una teoría de la justicia que no alcanzó a concretar (§ 5.8.). De ahí que el jurista debe ocuparse de la justificación del derecho positivo pero censurándolo en su caso, y de la propuesta de interpretaciones valorativamente satisfactorias.

En consecuencia, de compartirse lo expuesto, a la glosa de la primera tesis egológica respondemos que no cabe enrolarse metodológicamente en el iuspositivismo para enfrentarse de la misma manera al iusnaturalismo, sino abandonar la abstención respecto de dicha primera tesis, para reformularla o, mejor dicho, reemplazarla por la postulación de que *la teoría jurídica no sólo estudia el derecho positivo sino que también debe ocuparse de enjuiciarlo valorativamente*.

6.3. El derecho es conducta (segunda tesis)

Esta afirmación enrola a la egología en el realismo y la enfrenta al normativismo ⁴⁰.

Para la egología el derecho es conducta, es decir, libertad metafísica fenomenalizada, concepto que adoptan algunos

³⁹ José VILANOVA, *El concepto...*, pág. 126.

⁴⁰ José VILANOVA, *El concepto...*, pág. 26.

Las normas, es obvio, no existen en soledad sino en un contexto normativo y sin abstracción de su contenido, por cuanto esto último implicaría caer en un plano lógico-formal puro, superado por la lógica trascendental egológica.

5.9. Innecesariedad de la declaración de inconstitucionalidad en ciertos casos

Lo expuesto en el párrafo precedente es útil para considerar un sempiterno problema planteado incluso por autores autoproclamados adherentes a teorías jurídicas que rechazan cualquier posible injerencia de dogmatismo racionalista, pero que en definitiva, sin percatarse, opinan imbuidos por esta forma de pensamiento fuertemente arraigada tanto en la doctrina como en la práctica forense. Me refiero a la opinión generalizada, casi unánime, que sostiene que para prescindir de la letra de una norma jurídica en su aplicación a un caso concreto resulta menester la previa declaración de su inconstitucionalidad. Dicho de otro modo, cada caso concreto debe resolverse por la norma aplicable, o bien, mediante la previa e inexorable declaración de inconstitucionalidad de esta última si no coincide con la solución requerida axiológicamente.

Sin embargo, este procedimiento de resolución del caso concreto, conducente a una solución valiosa, encuentra dificultades de aplicación prácticamente insalvables en la mayoría de las hipótesis en que se presenta. Por un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la norma aplicable constituye un acto de suma gravedad institucional, según la Corte, de manera que debe ser considerada como una *ultima ratio* del orden jurídico ⁸², implicando ello que sea des-

⁸² Fallos 300:241, 302:457, La Ley, 1980-C, 1980, pág. 506, entre otros.

unidad vital ⁴³. Hall habla de una sociología jurídica donde el valor, el hecho y la norma poseen el sitio de honor, desde una integración de ellos en la conducta ⁴⁴.

Frente a la concepción normativista, señala Hall que los primeros seres humanos que vivían en las primeras sociedades ni siquiera tenían conciencia de norma alguna. Esto es lo que se puede recoger de la información acerca de animales gregarios cuya supervivencia se debe mucho a su capacidad para la mutua adaptación y el consiguiente orden basado en ese tipo de comportamiento espontáneo. También existe evidencia de niños muy pequeños jugando. A diferencia de sus hermanos mayores que están armados con una serie de reglas cuando juegan, los muy pequeños simplemente se adaptan el uno al otro, inconscientes de las reglas que gobiernan tales juegos. El hecho inevitable es que la acción social y el conocimiento práctico precedieron a la conciencia de normas y al conocimiento teórico de las mismas. En lugar del modelo tradicional de «primero normas, luego conducta», lo que vino primero es la acción; luego, mucho más tarde, la percepción de la generalidad de las costumbres y la articulación de reglas y finalmente, la teorización acerca de éstas ⁴⁵.

Estrechamente vinculada a este tema se encuentra la reflexión de Cueto Rúa cuando dice que el jurista formado en la tradición romanista no se siente cómodo si no tiene a la mano una norma general escrita aplicable al caso. Y enseguida advierte: No hay tal norma general escrita en el derecho consuetudinario. Esto molesta a los jueces y abogados formados en la tradición del derecho civilista. Buscan desesperadamen-

⁴³ Jerome HALL, *Foundations of Jurisprudence*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianápolis, 1973, págs. 158-159.

⁴⁴ Pedro R., DAVID, "Bosquejo de la jus-filosofía integrativa de Jerome Hall", en *Jurisprudencia Argentina*, 1961-I, Doctrina, 1961, pág. 6 y *Sociología criminal juvenil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pág. 6.

⁴⁵ Jerome HALL, *Foundations...*, pág. 162.

disvaliosas, sino que es suficiente su interpretación mediante un trabajo intelectual de tipo normativo destinado a dar acomodo, tanto a la ley como a su resolución, dentro del mismo ordenamiento total.

5.10. Conclusión

El presente capítulo, creo, permite apreciar coincidencias importantes entre la egología y el trialismo, sobre todo en cuanto tienen el mérito de incorporar la temática valorativa iusfilosófica, ajena a la mayoría de las tendencias en boga cuando los fundadores de ambas escuelas elaboraron sus respectivas teorías en las universidades argentinas, a la vez, que también nos posibilita avizorar sus grandes diferencias.

No obstante, tratando de plasmar el objetivo perseguido en el presente capítulo, expresado a su inicio, considero que las contribuciones aportadas en el plano axiológico o dikelógico por la egología, el trialismo y también por el integrativismo, se sincretizan de tal modo que las divergencias quedan minimizadas como consecuencia de la atemperación acontecida en la polémica del dualismo iusnaturalismo-iuspositivismo, más adelante esbozada, en tanto la diferencia entre uno y otro sector no es cualitativa sino de grado, conllevando esta derivación a la conclusión de que las teorías bajo análisis encuentran coincidencias en aspectos sustanciales más que discrepancias que a la postre parecen más bien secundarias.

6.4. La conducta es siempre valiosa -positiva o negativamente- (tercera tesis)

Según Vilanova, esta tesis define a la egología frente a los realismos avalorativos: en particular el americano y el escandinavo. Pero nos enfrenta también con los iusnaturalismos que pretenden que solamente la conducta positivamente valiosa es (verdadero) derecho ⁴⁹.

La norma legal que imputa una pena a un acto ilícito está valorando, aunque negativamente, la conducta antecedente de la sanción. Por ende, tal conducta no deja de poseer la cualidad de la valiosidad, sólo que ella es negativa. Por lo tanto, la conducta negativamente valiosa es también jurídica.

Una característica de los valores es la *polaridad*. La valoración o estimación, es decir, nuestra respuesta frente a los valores puede ser de adhesión o de rechazo, si el valor es positivo o negativo, respectivamente.

Hay una naturaleza polar de los valores. Cada valor positivo enfrenta un valor negativo. De acuerdo con Hartmann los disvalores se enfrentan a los valores. La justicia tiene en la injusticia su contraparte negativa así como la seguridad la tiene en la inseguridad. Para Scheler, la no existencia de un valor positivo es en sí mismo el valor negativo. Cabe agregar que para la egología la frustración de un valor positivo puede ocurrir de dos maneras, por defecto o por exceso; por ejemplo, la ausencia de un mínimo de orden (valor negativo por defecto), trae el desorden y un exceso del mismo valor lleva al ritualismo (valor negativo por exceso) ⁵⁰.

Sin embargo, tradicionalmente se ha sostenido que sólo es derecho lo que es justo, concretamente así lo pensaba San-

⁴⁹ José VILANOVA, *El concepto...*, pág. 26.

⁵⁰ Julio C. CUETO RÚA, *Una visión...*, págs. 239-240.

CAPÍTULO 6

CINCO TESIS FUNDAMENTALES

6.1. Las cinco tesis de la ortodoxia egológica y de la neoegología

El contenido de las investigaciones realizadas en las páginas que anteceden deja entrever un concepto de derecho que recibe el influjo egológico, aunque no se encierra en este marco teórico al ofrecer una posibilidad de diálogo y crítica recíproca con otras corrientes del pensamiento jurídico. Parece particularmente fecundo para el análisis entonces la adopción de la plataforma de lanzamiento que propone Vilanova para una teoría general del derecho.

Este iusfilósofo sugiere cinco tesis caracterizantes de la ortodoxia egológica y que valen para la neoegología, denominación que identifica al pensamiento de quien formula la sugerencia ¹. Por su parte, Cossio intentó condensar su concepción en lo que denominó las cinco tesis fundamentales de la teoría egológica, que fueron publicadas en su libro *La teoría egológica: su problema y sus problemas* (1963), tesis que fueron reproducidas como la Parte III de su *Radiografía de la teoría*

¹ José VILANOVA, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, págs. 25-27.

valiosa positiva o negativamente. El derecho es conducta jurídica en cuanto que la juridicidad, con su disyunción de lo lícito y lo ilícito, es la categoría intersubjetiva de toda conducta ⁵³.

En el capítulo anterior se recordó que el derecho existe como facultad, prestación, entuerto o sanción, que son sus modos de ser; el entuerto es tan jurídico entonces como la conducta permitida, careciendo el término antijurídico de significado alguno en el mundo del derecho.

Estas reflexiones tienen relevancia para la dogmática jurídica. Por ejemplo, la clásica definición de delito como acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal ⁵⁴, debería ser revisada de acuerdo a las conclusiones expuestas.

Volviendo al comentario de esta tesis, estimo que ella nos coloca frente al iusnaturalismo trascendentalista situado en una de las puntas antitéticas de la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo. Pero también creo que tal ubicación ha perdido relevancia en la actualidad como consecuencia de que este dualismo se encuentra diluido por haber perdido la claridad y precisión de sus contornos pues, conforme señaláramos, no se advierte hoy una oposición identificada en dos puntos extremos, existiendo más bien sectores separados por una línea demarcatoria débil más representativa de una diferencia de grado que cualitativa.

6.5. La conducta es libre (cuarta tesis)

Esta postulación se adentra en un tema de antiguo arraigo en filosofía general: el libre arbitrio ⁵⁵.

⁵³ Carlos COSSIO, *La teoría egológica...*, pág. 656.

⁵⁴ Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora, 3ª edición, 1967, t. I, pág. 222.

⁵⁵ José VILANOVA, *El concepto...*, pág. 26.

Reacciona Cossio contra esta sospecha a través de la redacción de tres artículos publicados en 1967 ⁴. En el primero de ellos, reitera que la teoría egológica impugna el derecho natural porque éste no presenta una base ontológica para sustentarse. Por causa de esta carencia de base ontológica, la crítica ecológica al derecho natural se presenta como una crítica total ⁵.

Recuerda Cossio a Husserl cuando exige un fenómeno perceptible como punto de partida para tener un caso ejemplar y acceder a una esencia, pues sin ello el filósofo pierde nada menos que el control del propio ente que está en juego y cuya presencia es irremplazable. Las doctrinas iusnaturalistas no son impugnables por formular la pregunta axiológica en el derecho. Tampoco son impugnables, *en principio*, porque den para ella una respuesta de contenidos axiológicos absolutos. Son impugnables porque sus respuestas axiológicas, al carecer de fundamentos ontológicos, son respuestas en el aire, esto es, sin base con relación a la experiencia ⁶, como podrían serlo una sentencia judicial, un contrato o un hecho ilícito.

6.2.2. Examen del derecho a la vida

Formulada la objeción al derecho natural por su carencia de base ontológica y restablecido el orden impuesto por San Alberto Magno para quien el bien es un predicado del ser, invertido por sus discípulos iusnaturalistas al colocar

⁴ El primero es el mencionado en la cita anterior y los otros dos se intitularon «La egología y el derecho natural» (La Ley, 127, 1967, pág. 1413) y «El derecho natural y la norma fundamental» (La Ley, 128, 1967, pág. 1067). Asimismo, en su obra *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, pág. 256, incluye un apéndice bajo el mismo epígrafe que el utilizado en el segundo de los artículos citados.

⁵ Carlos Cossio, “La filosofía...”, La Ley, 127, 1967, pág. 1310.

⁶ Carlos Cossio, “La filosofía...”, La Ley, 127, 1967, pág. 1312.

recho es obrar humano -conducta-, en realidad abre una ruta hacia una investigación **ontológica** que nos describa cómo es y en qué consiste esa conducta. Del Vecchio hablaba de una investigación «lógica» porque atendía preferentemente a la interferencia intersubjetiva (de las acciones). La egología, en cambio, carga el acento en las acciones mismas, esto es, en la **conducta** (en interferencia intersubjetiva) poniendo con ello de relieve el carácter **ontológico** de la indagación, al señalar su objeto real ⁵⁹.

6.6.2. El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, normada y valiosa (reformulación de la quinta tesis)

Nuestra investigación nos ha llevado a concluir que no es viable la idea cossiana de que la norma sólo conceptúa la conducta asignándole un sentido. La norma no se reduce a constituir la estructura cognoscitiva de la conducta, integra también el objeto de la ciencia jurídica. La concepción de que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma omite que todo modo de ser de aquella requiere la incidencia de un fenómeno distinto de la conducta misma, que es *a priori* de la experiencia jurídica y no es otro que la norma (§ 4.19.).

Por otra parte, como se ha visto, la conducta es siempre valiosa. El problema del valor también apareció en la concepción cossiana en forma inevitable, como consecuencia de que siendo el derecho un objeto cultural egológico se encuentra aquel ínsito en su sustrato: la conducta, que como tal implica preferencia, es decir, elección entre posibilidades cuyo ejercicio requiere necesariamente valores que la orienten. De ahí que Cossio incursionara en la axiología jurídica llegando a formular una teoría sobre los valores

⁵⁹ Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción...*, pág. 427.

quilación conceptual, pues negar el derecho a la vida en el sentido de que el ordenamiento jurídico contendría una norma con este alcance, no significa la muerte real de nadie. Si la exclusión normativa elimina en idea la situación correspondiente, la elimina como licitud pero no como realidad: se trataría de una aniquilación como licitud pero no como realidad o experiencia ¹⁰.

Para confirmar su aserto apela a lo que denomina las paradojas de la historia sobre esta problemática, enumerando algunos casos en que el ordenamiento jurídico ha desconocido el derecho a la vida. La obligación de morir en defensa de la patria para los militares, la eutanasia y la pena capital, son algunos de los ejemplos mencionados que muestran la licitud jurídica del morir y el matar, como deber jurídico, facultad y sanción, respectivamente. Es decir, en los modos de ser de la licitud ¹¹.

6.2.3. El contenido mínimo de derecho natural

Esta idea de que el derecho a la vida parece constituir una norma necesaria para la existencia de todo el derecho y de todo derecho fue en definitiva la que utilizó Hart en 1961 cuando se refirió al «*contenido mínimo del derecho natural*» ¹², pero con la particularidad de que es considerado un cabal representante del positivismo jurídico. Al plantear cualquier cuestión referente a cómo deben convivir los hombres tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, dice el profesor de Oxford, es vivir. Hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Sin tal

¹⁰ Carlos COSSIO, "El derecho natural...", La Ley, 128, 1967, pág. 1068.

¹¹ Carlos COSSIO, "El derecho natural...", La Ley, 128, 1967, págs. 1070-1071.

¹² Véase H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 239. La versión original inglesa se publicó en 1961.

Asimismo, la problemática de los valores, carentes de independencia entitativa, según la teoría imperante, podría enfrentarse a la posibilidad de que la distinción entre valor y ser se origine en una noción del ser demasiado estrecha. Incluso la afirmación de que los valores *no son*, debería atenuarse ante el reconocimiento de que *hay* valores, aunque no se los pueda ubicar en alguna de las categorías ontológicas, dado que en definitiva se los tiene en cuenta como uno de los caracteres principales para elaborar la clasificación general de los objetos y de alguno u otro modo los valores constituyen aquello que llamamos derecho.

Cuando Cueto Rúa investiga la compleja estructura del componente axiológico de la experiencia jurídica, en particular, la judicial, señala que la discusión sobre las preferencias y selecciones realizadas por los jueces juzgando sus casos, en atención a su fundamento axiológico, no debe ser ignorada o evitada por la dificultad que presenta su análisis o porque involucra difíciles asuntos relativos a la metafísica, la filosofía y la lógica. Ignorar las cuestiones axiológicas o esquivar los interrogantes presentados por la selección judicial de las normas y los métodos suma nuevas complicaciones a un tema de por sí espinoso y tiende a oscurecer el sentido de la función judicial y sus mecanismo básicos. La discusión abierta sobre el proceso valorativo que el juez encara al decidir un caso, presenta la ventaja obvia de exponer y enfocar un aspecto de la realidad de carácter crítico ⁶². La dificultad que presenta el componente axiológico porque involucra difíciles asuntos relativos a la metafísica, la filosofía y la lógica, tampoco justifica, a mi modo de ver, evitar o ignorar su mención expresa en la definición del derecho, oscureciéndola con la omisión.

Por lo tanto, estimo que la última tesis de la egología, según la propuesta de la neogología, compartida por ésta,

⁶² Julio C. CUETO RÚA, *Una visión...*, pág. 236.

mismos argumentos se preocupa por aventar cualquier tipo de sospecha iusnaturalista dentro de la teoría egológica y erradicar de ella posibles desvíos heréticos.

Sintetiza Cossio la postura de su discípulo en dos cosas, a saber: en la pérdida de su *sentido jurídico* por parte del ordenamiento normativo que negase el derecho a la vida, y en la idea de que al desconocerse así el derecho a la vida, los súbditos pierden *su sentimiento comunitario*, dejando de ser en consecuencia miembros de esa comunidad y quedando ésta abocada a su desaparición¹⁸. Pero las reflexiones más arriba mencionadas dirigidas en primera instancia contra los no ególogos las extiende a los argumentos expuestos heterodoxamente respecto de la egología, según su creador, que concluyen en la existencia de un «contenido irreductible del derecho natural». Sin embargo, el tema no parece estar agotado, en nuestra opinión, pese a las severas críticas formuladas por el fundador de la egología, motivo por el cual volveremos sobre la cuestión una vez que hayamos realizados algunos pasos previos necesarios para continuar su tratamiento.

6.2.4. Los derechos en serio

Dentro de este contexto cultural de reacción frente al positivismo dominante, referenciado en Hart, al menos según la creencia generalizada infundida por la preeminencia cultural anglohablante, tan hermética como recibida con avidez por el resto del mundo, actualmente globalizado, aunque en una sola dirección, cunde el pensamiento del norteamericano Ronald Dworkin, sucesor de Hart en la Cátedra de Jurisprudencia de Oxford. Este autor es el centro de atención durante la década de los setenta y encarna la más difundida

¹⁸ Carlos Cossio, “El derecho natural...”, La Ley, 128, 1967, pág. 1070.

de la comunidad y los principios, que deben ser observados por exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión moral, aunque en la mayoría de los casos usa el término «principio» en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas ²¹.

Los principios pueden seguirse más o menos, o mejor dicho, no son obligatorios por sí mismos sino que son mecanismos a los que los jueces echan mano en la interpretación de las normas.

En el modelo de Dworkin los jueces son garantizadores de derechos no creadores de normas. Los jueces deben resolver los casos difíciles encontrando la **respuesta correcta** en el derecho establecido. De lo contrario, estarían creando normas de efecto retroactivo, violando el principio democrático de separación de poderes ²².

El juez encuentra una norma en un principio vigente en la comunidad, pero no la crea, pues no están autorizados a fallar discrecionalmente para hallar la respuesta correcta.

Un aspecto crucial que ofrece la obra de Dworkin se presenta al ocuparse éste de la situación que se produce cuando las normas y principios entran en conflicto, aunque en definitiva el problema se plantea, según su teoría, siempre entre principios, los receptados por la norma y los que se resisten a ella. Dice este autor que no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas y se pregunta ¿Cuándo se le permite, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Contesta: «*Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el*

²¹ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pág. 72 (original en inglés de 1977). Otra obra importante de este autor es *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferreri, Barcelona, Gedisa, 1992, cuya edición inglesa data de 1986.

²² Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, págs. 150-152.

En cambio, Reale se diferencia de esta corriente sosteniendo una tridimensionalidad concreta y dinámica, afirmando que la correlación entre dichos tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la «implicación-polaridad» existente entre *hecho* y *valor* de cuya tensión resulta el momento *normativo*, como solución superadora e integrante en los límites circunstanciales de lugar y tiempo (concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de implicación y complementariedad) ⁴. De todos modos, Reale no se desprende de la idea de los objetos distintos, aunque no yuxtapuestos, pues sostiene una interligazón de los tres factores y considera al valor como *tertium genus* de objeto - en contra de quienes lo presentan como una especie de objetos ideales, al lado, por consiguiente, del elemento normativo ⁵- o categoría primaria, al lado de los objetos naturales y de los objetos ideales ⁶. También dice que los valores deben constituir una tercera esfera fundamental, lo cual significa una alteración relevante en el modo tradicional de concebir la teoría de los objetos ⁷.

Contra la concepción realeana se manifestó Cossio con el argumento bien meditado de que «*Esta unidad dialéctica (que pretende el tridimensionalismo) no puede ser ontológica porque ella misma sólo es pensable como relación pero no intuible como hecho ni como esencia material de ningún hecho. Ella puede ser una unidad gnoseológica y nada más*» ⁸.

A su vez, Reale endilga a la teoría egológica un tridimensionalismo genérico implícito, pues para Cossio es

⁴ Miguel REALE, *Teoría...*, pág. 100.

⁵ Miguel REALE, *Teoría...*, pág. 103.

⁶ Miguel REALE, *Fundamentos...*, pág. XIX.

⁷ Miguel REALE, *Filosofía del derecho*, Madrid, Pirámide, 1979, t. 1, pág. 159.

⁸ Carlos COSSIO, «Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico», *La Ley*, 147, 1972, pág. 1363.

Desde otra perspectiva, Vigo insiste no sólo en la filiación antipositivista de Dworkin, sino su adscripción dentro del pensamiento iusnaturalista, puesto que la alternativa entre iusnaturalismo e iuspositivismo no admite posiciones intermedias. La disyuntiva es terminante: si se postula la existencia de algo jurídico -aunque más no sea una norma, un principio o un derecho- cuya juridicidad no deriva de acto humano creador alguno y que admite ser conocido racionalmente, estamos instalados dentro del amplio y diversificado terreno del iusnaturalismo ²⁵. La adscripción al iusnaturalismo atribuido a Dworkin por el argumento invocado para ello no parece correcta toda vez que para él, las directrices y los principios, junto con las normas, derivan de acto humano creador. La instalación dentro del iusnaturalismo requiere para Vigo que la postulación de la existencia de juridicidad no derive de acto humano creador alguno y la admisión de su conocimiento racional, dado que evidentemente utiliza la palabra «y» como conjunción copulativa, no disyuntiva inclusiva.

Sin embargo, para otros, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables e intenta construir una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo ²⁶. A la posición de Dworkin no se la puede considerar antitética con el positivismo, sino que representa un posición ecléctica entre éste y el iusnaturalismo ²⁷. Asimismo, Dworkin es visto como un contradictor eminente de las ideas del positivismo, aunque no desde una postura trascendentalista, que él mis-

²⁵ Rodolfo Luis VIGO (H), *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, págs. 204-205.

²⁶ Albert CALSAMIGLIA, "Ensayo sobre Dworkin", en Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, pág. 11.

²⁷ Eduardo A. RUSSO, *Teoría general del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 59.

lo que ocurre es que según creo haber demostrado en el Capítulo 2 la norma no es reductible a la conducta, siendo un elemento constitutivo del derecho.

7.2. El componente axiológico

Las dificultades ontológicas por carecer el valor de independencia entitativa, según la teoría imperante, y definitoria del concepto de justicia no impide su concurso en la constitución del derecho. Tal resistencia parece injustificada, sobre todo si se considera al valor -tal cual lo hace Cossio- como elemento referencial para cualificar las regiones ontológicas como valiosas o neutras axiológicamente y uno de los caracteres principales para elaborar su clasificación general de los objetos, que distingue en ideales, naturales, culturales y metafísicos. Por ello, la exclusión del valor como género de las ontologías regionales no significa su marginación de lo jurídico sino -por el contrario- importa su ponderación como elemento de referencia del derecho y a la vez esencial en su constitución, sin que para esto sea menester compartir la teoría de los objetos de Reale, por ejemplo, que considera al valor como *tertium genus* de objeto, según hemos visto.

7.3. El derecho como objeto tridimensional

Goldschmidt parece estar en lo correcto cuando sostiene que cada objeto es pluridimensional, de suerte tal que ineludiblemente es menester usar para su conocimiento varios métodos ¹⁴. A esta conclusión arriba en un marco de

¹⁴ Werner GOLDSCHMIDT, "Uni o pluridimensionalismo en el mundo jurídico", La Ley, 136, 1969, pág. 1219. Por su parte, Ciuro Caldani piensa que para ser trialista basta con sostener una posición realista que admita la legitimidad de estudiar al objeto jurídico con los tres métodos necesarios para su mejor comprensión (Miguel A. CIURO CALDANI,

jurídico y doctrinas del derecho natural» (Nº 41, 1997), que incluye numerosos artículos, donde la sola lectura de algunos de sus títulos revela que para varios autores la polémica parecería agotada, por ejemplo: «Iusnaturalismo vs. positivismo jurídico: un debate superado», de Carlos María Cárcova, «La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo», de José Delgado Pinto y el «Iusnaturalismo y positivismo jurídico: ¿dos dignos finales?», de Luis Alberto Warat.

De este modo, si bien en cierta medida la obra de Dworkin revivió la polémica en tanto algunos iusnaturalistas intentan deducir una revitalización del iusnaturalismo y otros autores de la corriente opuesta pretenden encontrar un fortalecimiento del positivismo como consecuencia de lo que estiman un poderoso embate pero frustrado en su contra; el debate arroja -en mi opinión- un resultado positivo porque abrió el camino para advertir con mayor claridad que ambos términos de la oposición no pueden identificarse en dos puntos extremos sino en sectores separados por una línea demarcatoria débil más representativa de una diferencia de grado que cualitativa.

6.2.5. Dworkin y Cossio

La mayoría de los autores que han terciado en la polémica y cuyas opiniones reflejan su estado actual, coinciden en la multivocidad de los vocablos iuspositivismo y iusnaturalismo, por cuanto designan varios objetos y son empleados con significados distintos. Tanto es así que, en general, la primera y principal preocupación de los iusfilósofos que tratan el tema consiste establecer qué entienden por iuspositivismo y iusnaturalismo, tratando de escudriñar los caracteres distintivos de uno u otro, desdeñando conceptos puros e introduciendo matices, formulando al mismo tiempo una serie de prevenciones o reservas, y remitiendo finalmente -ante cualquier posible insuficiencia demarcatoria- a las obras de

Cossio dice que en la experiencia jurídica, siendo la sentencia judicial el fenómeno jurídico por antonomasia, se observan tres elementos constitutivos, a saber:

Primero está la estructura lógica que le presenta al juez por anticipado: la ley. La función de esta estructura lógica es predeterminar en algún grado lo que la sentencia dirá, pues encauza la resolución judicial demarcando un círculo cerrado de posibilidades a las que el juez tiene que acomodarse. La ley es formal respecto de la sentencia que es concreta pues es la forma pensada de esa experiencia jurídica que va a resultar existente en la sentencia y sólo en ella. En rigor, esta estructura lógica, que en nuestra hipótesis, es la ley, es anterior a la sentencia, es decir, que le es *a priori*¹⁷. Evidentemente, siendo estructura conceptual, apriorística, no es experiencia sino independiente de ésta. Los objetos ideales no están en la experiencia, según el cuadro de ontologías regionales que propone el propio Cossio¹⁸.

Esto significa que la estructura lógica no es constitutiva de la experiencia jurídica porque es *a priori* de ésta, pero también entraña que la norma es necesaria para la constitución de la experiencia jurídica, es el elemento formal o racional que organiza el material empírico, pero no forma parte de aquella, salvo en el momento de la aplicación normativa. La distinción egológica entre ley y sentencia no es esencial puesto que si bien la primera resulta existente en la sentencia¹⁹, es decir, en el momento de la aplicación de la norma, aquella a su vez, es *a priori* para los litigantes, incluso para el propio juez en el supuesto que deba continuar su intervención como consecuencia de que la sentencia no se cumpla espontáneamente. La norma general se materializa en la sentencia o en el cumplimiento espontáneo, convirtiendo su idealidad en

¹⁷ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 148.

¹⁸ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, págs. 55-56.

¹⁹ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 148.

de principios morales que los jueces aplican en sus sentencias para encontrar la respuesta correcta a los casos difíciles que no pueden resolverse por aplicación racional deductiva de las normas generales y la concepción de Cossio desarrollada en la década de los cuarenta que le asigna al juez el papel protagónico como paradigma del conocimiento del derecho, expuesta en el capítulo anterior ³⁴.

Ahora bien, así como se ha visto en el capítulo precedente que respecto de la función judicial, más allá de las semejanzas, hay un abismo al parecer entre la egología y el trialismo cuando se trata de la cuestión de la valoración de la ley, que para la primera es inmanente y no trascendente a ella, está dentro no afuera de la ley, mientras que la segunda se adscribe a un iusnaturalismo trascendentalista, con relación a la tesis de los derechos también existen diferencias bastante notorias con la egología aunque no abismales dado que Dworkin piensa que los principios integran el derecho incluso cuando no se encuentren receptados por las reglas jurídicas, es decir, cuando nadie los ha concebido previamente como derecho. En tal sentido, recuerdo la síntesis del pensamiento dworkiniano: si tienen mayor fuerza los

³⁴ Al respecto, dice Vernengo que sería justo recordar que tesis análogas, cuando no idénticas, a la de Dworkin fueron desarrolladas por Carlos Cossio, hace varias décadas (Roberto J., VERNENGO, "El derecho como interpretación e integridad", en Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, N° 38, 1993, pág. 25). Cárcova resalta la opinión de Vernengo comentando que éste se extraña de que no haya en Dworkin menciones a las ideas de Carlos Cossio, el conocido iusfilósofo argentino, padre de la egología, teoría que hundía sus raíces en el pensamiento fenomenológico y existencialista y que hace ya cincuenta años tematizaba, con profundidad y erudición, el papel constitutivo de la función judicial y la naturaleza peculiar de su tarea cognoscitiva (Carlos M. CÁRCOVA, *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, pág. 175). Asimismo, se ha señalado la notable coincidencia del modelo de Dworkin con la tesis de Cossio según la cual la fuerza de convicción de la sentencia requiere que ésta ajuste su valoración a patrones históricos vigentes, con cita de la obra egológica, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, págs. 242 a 246 (Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, pág. 381).

cia un valor, es decir, dotado de un sentido valorativo, forma parte de un objeto cultural.

Consiguientemente, norma jurídica, conducta y valor, en coalescencia integran ese objeto tridimensional denominado derecho.

7.4. Pluralismo metódico

El derecho no existe así, a secas, siendo el derecho en bullo y nada más. El derecho existe o como facultad o como prestación o como entuerto o como sanción, que son sus modos de ser. La norma jurídica juega un papel constitutivo del modo de ser del derecho ²¹. Resulta menester entonces un método para el conocimiento de los modos de ser del derecho, que no es otro que el propio de los objetos ideales: el racional-deductivo, que supone una intelección en su punto de partida.

Si bien Cossio sostiene que el método propio de los objetos culturales es el empírico-dialéctico porque su conocimiento se obtiene mediante el paso del substrato (aspecto empírico) al sentido y viceversa, tránsito recíproco que le imprime el carácter dialéctico al método, no es menos cierto que intervienen los métodos empírico-inductivo con relación al sustrato material o físico y racional-deductivo en la dimensión normativa. De ahí la pluralidad metódica para conocer un mismo objeto complejo y a la vez *derivado*.

Pero metodológicamente ¿qué ocurre con relación al valor? Puede contestarse esta pregunta recordando que la sentencia constituye el fenómeno jurídico por antonomasia, según Cossio, y el papel protagónico que cumple el juez en el derecho. Este considera las circunstancias no mentadas del

²¹ Carlos COSSIO, "La polémica anti-egológica (Respuesta al profesor Hans Kelsen)", *La Ley*, 76, 1954, pág. 749 y "¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?", *La Ley*, 52, 1948, pág. 1080.

mi circunstancia», donde radican todos los objetos. En los objetos egológicos el sustrato es la misma vida humana viviente ³⁶. Si el derecho es conducta es vida humana. La egología alterna el uso del vocablo **conducta** con las expresiones libertad metafísica fenomenalizada y vida humana viviente ³⁷. El derecho a la vida parece constituir, pues, una norma necesaria para la existencia de todo el derecho y de todo derecho.

Contra esta argumentación y frente a la opinión vertida y luego abandonada por Vilanova, reaccionó el fundador de la egología, como vimos, replicando que la omisión de consagrar el derecho a la vida por un ordenamiento jurídico no significa la muerte real de nadie y que tal exclusión normativa elimina en idea la situación correspondiente, la elimina o aniquila como licitud pero no como realidad o experiencia.

No obstante, el ordenamiento jurídico abstraído de su contenido, es decir, el conjunto de normas, que no consagre el derecho a la vida, por ejemplo, es sólo un elemento del derecho que no lo constituye por sí solo, más aún para la egología en tanto para ella la ley no existe sino en actos individuales, dado que sin esta realización, por fuerza individual, las leyes son meros pensamientos, ha dicho precisamente Cossio (§ 5.2.). La sentencia judicial, por ejemplo, que es el fenómeno jurídico por antonomasia, podría llevar por aplicación de la ley y la consecuente ejecución de aquélla a una aniquilación real de vida humana, es decir, a una eliminación como realidad o experiencia, a la muerte real de alguien. El texto normativo no es por sí sólo derecho, lo es la conducta normada, valiosa positiva o negativamente. La prohibición de la vida en un ordenamiento no significa la muerte de nadie, estamos de acuerdo, pero no es jurídico un ordenamiento donde se produce el aniquilamiento real de la vida mediante actos individuales.

³⁶ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 234.

³⁷ Carlos Cossio, *La teoría egológica...*, pág. 658.

valoración en tanto la elección de una conducta sobre otra obedece a la mayor estimación axiológica del ego actuante.

7.5. Vigencia de las ontologías regionales

Lo expuesto precedentemente implica un apartamiento del cuadro de las ontologías regionales elaborado por Cossio, que partió de una idea de Husserl y siguió cercanamente la clasificación que de los objetos realizada por Aloys Müller en su clásica *Introducción a la filosofía*, de 1925, pues no es menester un método para cada objeto, sino que el derecho como objeto cultural, derivado y complejo, es conocido por distintos métodos.

Asimismo implica una divergencia con Vilanova que rechaza toda temática de las ontologías regionales y la ubicación del derecho como objeto cultural-egológico, aunque reconociéndole innegable valor didáctico. Cree que esta herencia de Dilthey y Rickert ha sido desechada con sólido fundamento por Hans Albert en su *Tratado de la razón crítica* ²⁵.

También se ha dicho que aparece en Vilanova una distinción entre «ente» y «objeto» ajena al pensamiento de Cossio y que el ente es previo pero funda al «objeto», aunque después pueda vérselos como siendo lo mismo. Agregándose que esta línea de pensamiento lo llevará -a Vilanova- a descartar la idea de las «ontología regionales» que el primer Husserl tomó de Meinong y que ocupa un lugar importante en la egología cossiana ²⁶.

No le asignamos, por supuesto, a las ontologías regionales un valor de artículo de fe. Las distintas elaboraciones efec-

²⁵ José VILANOVA, *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, págs. 7-8.

²⁶ Enrique R. AFTALIÓN y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, pág. 369.

cepción kuhniana de la ciencia no sería forzado sostener dicho punto de vista.

Retomando una reflexión de Cossio ya expuesta (§ 5.7.), recordamos que éste sostiene que es difícil y aun imposible decir en qué consiste la verdadera justicia; pero no es difícil calificar a una situación, con verdad, como justa o injusta, o como más o menos justa que otra. En la experiencia, todos sabemos que es lo justo en cada caso concreto, aunque nadie haya sido capaz de definirla convincentemente, y bien podría aplicársele a la pregunta sobre el ser de la justicia la frase, extraída del pensamiento de San Agustín, relativa al tiempo: Sé lo que es cuando no me lo preguntan; pero cuando me lo preguntan, ya no lo sé (*ver* § 5.7.).

De modo que la dificultad definatoria del concepto de justicia no impide su concurso en la constitución del derecho pese a que Cossio no incluya explícitamente al valor en su definición del derecho y a que Goldschmidt relegue la justicia a la etapa de su aplicación, en el derecho humano. De hecho, se nos pregunta la hora o el día en que vivimos y respondemos con eficacia, se pide justicia y se imparte, aunque en mayor o menor medida, incluso también se la niega, a veces sistemáticamente, puesto que su realización no es plena (§ 5.7.).

Para explicarme recorro a una asociación de ideas que creo puede prestarme auxilio. Con referencia a la fundamentación ontológica del principio de prohibición en la teoría egológica se ha dicho que se funda en «*postulados metafísicos de difícil verificación*»³⁸. Pero, como bien señala Vilanova aunque respecto de la «libertad», reflexión que por mi cuenta y riesgo extiendo a la «justicia», por qué no ocuparse de tales postulados si, después de todo, desde Hume se admite que casi nada es verificable y hoy somos muchos los

³⁸ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 188.

rechaza los diversos modos de ser y de presencia, Marías -a quien debemos la reflexión precedente- agrega: “*Estamos en la inversión del movimiento enriquecedor que comenzó hace un siglo, en una fase de extraña regresión, que he llamado con insistencia **arcaísmo***”²⁹.

7.4. ¿Dimensiones filosóficas, metafóricas o jurídicas?

Dice Reale que el término dimensión es empleado por Cossio en sentido geométrico-espacial, y no en sentido filosófico, para indicar diversas expresiones o momentos de la experiencia jurídica, cuya realidad es dialéctica o de proceso, según el autor brasileño. En rigor, continúa éste, para hablar de «conducta en interferencia intersubjetiva», ya es menester reconocer que la conducta jurídica es, esencialmente, «fáctico-axiológico-normativa», lo que excluye se pueda concebirla *ad extra* como si fuere objeto físico dotado de dimensiones de orden espacial³⁰.

El creador de la egología replica a Reale que no nos dice qué es el derecho cuando se satisface con decirnos que el derecho es a la vez hecho, norma y valor, ni sabemos qué es el espacio cuando sólo se nos advierte que tiene tres dimensiones (anchura, alto y profundidad). La alusión al espacio, alegórica y geométrica, es utilizada por Cossio³¹, agregando que si cupiere hablar de dimensiones **genéricas**, la teoría egológica admite todas las que presente el **objeto** sin preferencia alguna (6, 8, 10, n dimensiones) negando con ello que las dimensiones definitorias sean tres³². En efecto, ¿por qué no habría de ser el derecho, además de hecho, norma y valor,

²⁹ Julián MARÍAS, *Razón de la filosofía*, Madrid, España, Alianza, 1993, pág. 48.

³⁰ Miguel REALE, *Teoría...*, pág. 78.

³¹ Carlos COSSIO, “Crítica...”, pág. 1365.

³² Carlos COSSIO, “Crítica...”, pág. 1364.

también historia, sociedad y cerebración, cosa que, claro está, también pueden serle predicadas? El derecho exhibiría así, al lado de sus dimensiones fáctica, normativa y axiológica, sus dimensiones histórica, social y psicológica. Habría de hablarse entonces, no de una teoría tridimensional del derecho sino de una teoría hexadimensional ³³.

De esta impugnación, no se hace cargo Reale sino Goldschmidt, quien sin mencionar al crítico, responde que “desde el ángulo visual gnoseológico no encontramos en el panorama de los objetos del pensamiento sino tres tipos de objetos asequibles socialmente: hechos, conceptos y valores” ³⁴. La propia teoría de los objetos que propone Cossio sobre la base de las concepciones de Husserl y Aloys Müller, parece otorgarle razón en este aspecto al maestro germano-argentino, aunque el valor no constituye un *tertium genus* de objeto en su categorización.

De todos modos, aunque independientemente de la postura que en su polémica con Cossio asume Reale, de quien precisamente procede el término «tridimensional» ³⁵, no parece inapropiada la alegoría didáctica alusiva del derecho como objeto tridimensional de orden espacial, sin omitir por ello que todo objeto dado en la experiencia es objeto en el tiempo, y en este sentido podría hablarse de teoría tetradimensional ³⁶. No obstante, los tres tipos de objetos del pensamiento a los que

³³ Carlos COSSIO, “Crítica...”, pág. 1363.

³⁴ Werner GOLDSCHMIDT, “Semblanza del trialismo (En memoria de su vigesimoquinto aniversario)”, *El Derecho*, 113, 1985, pág. 734.

³⁵ Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, pág. 20.

³⁶ Fue el maestro de Einstein, en Zurich, Hermann Mincovsky, quien primero reconoció que la fusión del espacio y el tiempo en un único mundo tridimensional introducía una nueva luz en los fenómenos físicos. Su talento de ver figuras geométricas allí donde los demás sólo veían ecuaciones, lo llevó a un interesante descubrimiento. Colón había descubierto un nuevo continente en el espacio, y Mincovsky tropezó con un continente ignorado, en el tiempo (Desiderio PAPP, *Einstein, Historia de un espíritu*, Madrid, Espasa-Calpe, 1979, pág. 134).

hace referencia Goldschmidt persuaden para continuar con la clásica tripartición.

El descubrimiento de la geometría por los griegos y la circunstancia de que los cultores de la ciencia no olvidan su origen euclidiano mantiene la tendencia de querer encontrar en las ciencias semejanzas con la geometría; aquello que Desiderio Papp denominó *la «nostalgia geométrica»* consistente en buscar contactos fecundos en la ciencia madre, manifestada perceptiblemente también fuera de la física ³⁷. Es esta aspiración a explicar el mundo, en este caso el jurídico, mediante el esquema espacial geométrico, lo que seguramente subyace y justifica el arraigo del vocablo «tridimensional» que alude al hecho, norma y valor como dimensiones jurídicas más que filosóficas y que metafóricamente contribuye a explicar la irreductibilidad entre ellas, de igual modo que un cubo, por ejemplo, que visto en perspectiva, mantiene la irreductibilidad de su anchura, altura y profundidad, como aspectos permanentes de ese mismo y único objeto.

Cossio le atribuye al tridimensionalismo una deficiencia ontológica total e irremediable. En un cuadro de Rafael, ejemplifica, se conjugan un hecho físico (colorantes, lienzo y bastidor), las normas de la perspectiva y algún valor estético: sin embargo, nadie verá un fenómeno jurídico en esta conjunción. Parece obvio que fuese menester un valor *jurídico*, una norma *jurídica* y un fenómeno *jurídico*; es decir, que ha de contarse con la presencia de una esencia específica -la esencia jurídica- dependiendo de ella la calificación ontológica y no de la tridimensionalidad en bruto del conjunto ³⁸.

Pero la objeción no es convincente si se considera: que no hay tres objetos heterogéneos ni mera yuxtaposición de éstos

³⁷ Desiderio PAPP, *Filosofía de las leyes naturales*, Buenos Aires, Troquel, 1980, pág. 42. El prestigio de la geometría lo demuestra el lema platónico en la portada de la Academia: No entre aquí quien no sea geómetra.

³⁸ Carlos COSSIO, "Crítica...", pág. 1361.

sino un solo objeto, que la conducta sin norma no es tal pues sería un simple hecho natural y que la norma necesita del hecho, dado que no es concebible sino como pensamiento que dice algo acerca de algo. Por eso, cuando la conducta lo es en interferencia *intersubjetiva*, es jurídica, siendo la norma que la mienta también jurídica.

A su vez, el valor jurídico es tal cuando está implicado en esa misma clase de conducta, como lo son la justicia, la paz, la solidaridad, etc., pues no lo sería de estar vinculado a la conducta en interferencia *subjetiva*, por ejemplo, como la santidad o la caridad. De ahí la definición propuesta: el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, normada y valiosa. En consecuencia, el hecho, la norma y el valor serán jurídicos siempre y cuando se presenten integrando dicho concepto. Por ello, estimo, se ha aludido a la unidad de estos tres órdenes interrelacionados pero irreductibles entre sí ³⁹.

³⁹ Pedro R. DAVID, *Sociología Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pág. 196.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- ARÍSTEGUI, Abel J., *Oposiciones fundamentales a la teoría egológica del derecho*, La Plata, Editora Platense, 1967.
- BERLIN, Isahia, *Conceptos y categorías, Ensayos filosóficos*, México, FCE, 1983.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, Debate, 1996.
- *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965.
 - “Hacia una teoría funcional del derecho”, trad. G. Carrió, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- CÁRCOVA, Carlos M., *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.
- CARPIO, Adolfo P., “La pregunta por el ser”, en *Cuadernos de filosofía*, Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, N^{OS}: 15-16, 1971.
- CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- CIURO CALDANI, Miguel A., “La elaboración de la normas del bioderecho”, *Jurisprudencia Argentina*, N° 6113, octubre 28 de 1998.
- “Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y iusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico”,

- en Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, N° 41, 1996.
- “Teoría tridimensional y teoría trialista”, La Ley, 148, 1972.
- COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1964.
- *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944.
 - *El derecho en el derecho judicial*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
 - *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Arayú, Buenos Aires, 1954.
 - *Radiografía del teoría egológica del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1987.
 - *Teoría de la verdad jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1954.
 - “El derecho natural y la norma fundamental”, La Ley, 128, 1967.
 - “La egología y el derecho natural”, La Ley, 127, 1967.
 - “¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?”, La Ley, 52, 1948.
 - “Ciencia del derecho y sociología jurídica”, La Ley, 95, (1959).
 - “Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico”, La Ley, 147, 1972.
 - “El derecho y sus valores parcelarios”, La Ley, 126, 1967.
 - “La filosofía de la filosofía en el derecho natural”, La Ley, 127, 1967.
 - “La justicia”, La Ley, 126, 1967.
 - “La polémica anti-egológica (Respuesta al profesor Hans Kelsen)”, La Ley, 76, 1954.
 - “Las actitudes filosóficas de la ciencia jurídica”, La Ley, 82, 1956.
 - “Los valores jurídicos, Primera meditación sobre la justicia”, La Ley, 84, 1956.
 - “Los valores jurídicos. Meditación sobre el orden y la seguridad”, La Ley, 83, 1956.
 - “Los valores jurídicos. Meditación sobre el poder y la paz”, La Ley, 84, 1956.
 - “Los valores jurídicos. Meditación sobre la cooperación y la solidaridad”, La Ley, 84, 1956.
 - “Los valores jurídicos: estructura del plexo axiológico”, La Ley, 84, 1956.
- CRUZ VÉLEZ, Danilo, *Filosofía sin supuestos*, Buenos Aires, Sudamericana, 1970.
- CUETO RÚA, Julio C., *Una visión realista del derecho (Los jueces y los abogados)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

- *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, The Publications Institute, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, Baton Rouge, Louisiana.
- “Carlos Cossio. El golpe de timón”, La Ley, 1999-B, 1999.
- DAVID, Pedro R., *Sociología jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- *Sociología criminal juvenil*, Buenos Aires, Depalma, 5ª edición, 1979.
- “Bosquejo de la jus-filosofía integrativa de Jerome Hall”, *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1961-I, 1961.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, 7ª ed. corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1960.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- *El imperio de la Justicia*, trad. C. Ferreri, Barcelona, Gedisa, 1992.
- “Retorno al derecho natural”, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, trad. S. Iñiguez de Onzoño; Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (comp.), Barcelona, Ariel, 1990.
- ECHAVE, Delia T., URQUIJO, María E. y GUIBOURG, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- EINSTEIN, Albert, “Mi visión del mundo”, artículo publicado en Nueva York en 1930, incluido en la compilación *Textos para pensar*, Editorial Perfil S.A., 1996.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Lógica del juicio jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- GIOJA, Ambrosio L., *Ideas para una filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ed. Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 6ª edición, 1996.
- *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958; reimpresión Buenos Aires, Depalma, 1986.
- *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Buenos Aires, EJEA, 2ª edición, 1954.
- “Fundamentos ontológicos y lógicos del derecho”, en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978.
- “Deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico”, en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978.
- “Explicación de la teoría de la situación jurídica”, en *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978.
- “La teoría egológica y la tridimensionalidad”, *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1965-V, 1965.

- "Semblanza del trialismo (En memoria de su vigesimoquinto aniversario)", *El Derecho*, 113, 1985.
- "Ser y deber ser", *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978.
- "Uni o pluridimensionalismo en el mundo jurídico", *La Ley*, 136, 1969.
- HALL, Jerome, *Foundations of Jurisprudence*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis, 1973.
- *Razón y realidad en el derecho*, trad. Pedro R. David, Buenos Aires, Depalma, 1959.
- "Teoría jurídica integralista", trad. Eduardo Ponssa, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951.
- HART, H.L.A., *EL concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, traducción de José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- *¿Qué es metafísica?*, trad. Xavier Zubiri, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1974.
- HERRENDORF, Daniel E., "Una introducción a la fenomenología egológica", en Carlos Cossio, *Radiografía de la teoría egológica*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- "La teoría pura en el tribunal egológico", en *La Ley Actualidad*, año LIV, N° 90, 10/5/90.
- HERRERA FIGUEROA, Miguel, *Filosofía de los valores*, Buenos Aires, Leuka, 1997.
- HOBE, Konrad y PUGLIESE, Abel O., "La lógica de E. Lask como transición entre la teoría del juicio en H. Rickert y el concepto de verdad en M. Heidegger", en *Cuadernos de filosofía*, Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, N^{ros.} 15-16, 1971.
- HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- *Investigaciones lógicas*, trad. Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo del original en alemán, México, Porrúa S.A., 7ª edición, 1993.
- *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve de la edición en francés, Buenos Aires, Eudeba, 3ª edición, 1963.
- *Teoría pura del derecho*, trad. Jorge Tejerina de la primera edición de 1934, Buenos Aires, Losada, 1946.
- *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Leviatán, 1981.

- *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945.
- *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.
- "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", *La Ley*, 24, 1941.
- LACLAU, Martín, "Cossio y el problema ontológico del derecho", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 17, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- «Relación entre lógica y derecho en el último período de Kelsen», *La Ley*, 1982-B, (1982).
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1953.
- LYOTARD, Jean François, *La fenomenología*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- MARÍAS, Julián, *Idea de la metafísica*, Buenos Aires, Columba, 5ª edición, 1973.
- *Razón de la filosofía*, Madrid, Alianza, 1993.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Idearium, 1995.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, trad. Pablo de Azcárate, Madrid, Sarpe, 1984.
- MONTERO IGLESIAS, Marcelo, "¿De la "discreción judicial" a la «respuesta correcta»?", *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N° 38, 1993.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1993.
- *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- "Dworkin y la disolución de la controversia 'positivismo vs. Iusnaturalismo'", *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N° 38, 1993.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, trad. Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959.
- ORTEGA Y GASSET, José, *El hombre y la gente*, Madrid, Revista de Occidente, 1957.
- PAPP, Desiderio, *Einstein, Historia de un espíritu*, Madrid, Espasa-Calpe, 1979.
- *Filosofía de las leyes naturales*, Buenos Aires, Troquel, 1980.
- PATTARO, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, trad. de Ignacio Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991.
- PECES BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1994.

- PFÄNDER, Alexander, *Lógica*, trad. J. Pérez Bances, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1940.
- POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1973.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo, Valparaíso, Edeval, 1978.
- *Filosofía del derecho*, trad. Angel Herrerros Sánchez, Madrid, Pirámide, 1979.
- *Fundamentos del derecho*, trad. Julio O. Chiappini, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 5ª edición, 1994.
- RUSSO, Eduardo A., *Teoría general del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, trad. Eugenio Ceballos, Difusión, Buenos Aires, 1946.
- SAVIGNY, Federico C. von, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley de la edición en francés, Madrid, Góngora, 1878.
- SMITH, Juan Carlos, "Norma jurídica", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XX, Buenos Aires, Editorial Omeba, 1965.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora, 3ª edición, 1967.
- SZILASI, Wilhelm, *Introducción a la fenomenología de Husserl*, trad. Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- VERNENGO, Roberto José, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª edición, 1976.
- "El derecho como interpretación e integridad", *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N° 38, 1993.
- VIGO (H), Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1991.
- VILANOVA, José, *Tratado sobre el libre albedrío -Una concepción libertaria de la acción-*, Buenos Aires, Ediciones del autor, 1998.
- *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

- *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1984.
 - “Idea y realidad del derecho natural”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, N° 27, 1951.
- WRIGHT, Georg H. von, *Norma y acción -Una investigación lógica-*, trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.
- ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Teoría del derecho (Una introducción crítica)*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

ÍNDICE GENERAL

Capítulo 1

Las perspectivas jurídicas

1.1. ¿Qué es el derecho?	13
1.2. Excurso: la injustificada relegación de la pregunta «¿Qué es el derecho?»	16
1.3.1. Iusnaturalismo	19
1.3.2. La escuela histórica del derecho	21
1.4. Normativismo	23
1.5. Realismo	31

Capítulo 2

El derecho como hecho y norma

2.1. El derecho como hecho	33
2.2. Digresión sobre el empirismo lógico y la denominada filosofía analítica	34
2.3. El derecho no es sólo hecho. Su aspecto normativo	38
2.4. La fenomenología: la conducta como objeto trascendente	42
2.5. El existencialismo: la superación de la metafísica de la subjetividad	46

Capítulo 3

El libre albedrío

3.1.1. La conducta es libre	57
3.1.2. Determinismo e indeterminismo	60
3.1.3. La libertad como dato	61
3.2. El conocimiento científico- filosófico	61
3.3.1. El concepto de libre arbitrio	63
3.3.2. Tipos de libertad	63
3.3.2.1. La libertad (negativa) como ausencia de determinación exterior	63
3.3.2.2. Lo exterior y lo interior del agente	64
3.3.2.3. La autodeterminación o libertad positiva	65
3.3.2.4. La doctrina clásica del autodeterminismo y la paradoja de Crisipo	66
3.3.2.5. La falacia idiosincrásica	67
3.3.2.6. Carácter empírico del libre arbitrio	68
3.4. Conclusión	68

Capítulo 4

La norma jurídica

4.1. ¿Qué es una norma jurídica?	71
4.2. Tesis imperativista tradicional. La norma como mandato. Austin	71
4.3. Crítica	72
4.4. La norma como imperativo independiente. Olivecrona	73
4.5. El elemento semántico representativo de las normas jurídicas	75
4.6. Crítica	76
4.7. La norma como directiva. Ross	77

4.8. Crítica	77
4.9. Tesis proposicional. La norma como juicio	78
4.10. Autocrítica de Kelsen. Tesis de la segunda etapa de la teoría pura. Disidencia con la egología	79
4.11. Crítica al pensamiento de Kelsen de la segunda etapa.....	81
4.12. Tesis trialista	83
4.13. Crítica	85
4.14. Tesis egológica	86
4.15. Crítica. Remisión	87
4.16. Función de la norma jurídica	87
4.17.1. Relación cognoscitiva norma-conducta. Crítica de Cossio a la tesis teleológica sustentada en el argumento de la heterogeneidad de objetos	91
4.17.2. Crítica de Cossio a la tesis teleológica sustentada en el argumento de la mutilación de la experiencia jurídica	92
4.17.2.1. Zona del derecho potestativo	92
4.17.2.2. Ambito de las transgresiones	92
4.17.2.3. Zona de las prestaciones y sanciones	92
4.18.1. Réplica al argumento cossiano de la heterogeneidad de objetos	93
4.18.2. Réplica al argumento cossiano de la mutilación de la experiencia jurídica. Relación teleológica	98
4.18.2.1. Zona del derecho potestativo	98
4.18.2.2. Ambito de las transgresiones	98
4.18.2.3. Zona de las prestaciones y sanciones	98
4.19. Relación teleológica.....	99
4.20. Estructura lógica de la norma jurídica.....	101
4.21. La lógica jurídica.....	104

4.22. Juicio hipotético o disyuntivo	107
4.23. Irrelevante incidencia de la lógica simbólica proposicional	109

Capítulo 5

El derecho como valor

5.1. Introducción	113
5.2. Fenomenología de la sentencia	114
5.3. La función judicial en el racionalismo jurídico	116
5.4. La función judicial en la teoría pura del derecho	116
5.5.1. La función judicial en la teoría egológica	118
5.5.2. Elementos constitutivos de la sentencia	119
5.5.3.1. Estructura lógica que está dada al juez por anticipado: la ley	120
5.5.3.2. Las circunstancias del caso	121
5.5.3.3. La valoración jurídica	124
5.5.3.3.1. La comprensión	125
5.5.3.3.2. La intuición emocional	127
5.5.4. El rol accesorio del silogismo respecto del acto de valoración	128
5.6. La función judicial en la teoría trialista	131
5.7. Conexiones entre la egología y el trialismo	131
5.8. Diferencias entre la egología y el trialismo	137
5.9. Innecesariedad de la declaración de inconstitucionalidad en ciertos casos	145
5.10. Conclusión	147

Capítulo 6

Cinco tesis fundamentales

6.1. Las cinco tesis de la ortodoxia egológica y de la neogología	149
--	-----

6.2.1. La teoría jurídica estudia el derecho positivo (primera tesis)	150
6.2.2. Examen del derecho a la vida	151
6.2.3. El contenido mínimo de derecho natural	153
6.2.4. Los derechos en serio	155
6.2.5. Dworkin y Cossio	161
6.2.6. La teoría jurídica no sólo estudia el derecho positivo sino que también debe ocuparse de enjuiciarlo valorativamente (reformulación de la primera tesis)	166
6.3. El derecho es conducta (segunda tesis)	168
6.4. La conducta es siempre valiosa -positiva o negativamente- (tercera tesis)	172
6.5. La conducta es libre (cuarta tesis)	174
6.6.1. El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva (quinta tesis)	175
6.6.2. El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, normada y valiosa (reformulación de la quinta tesis)	176

Capítulo 7

El tema de la integración

7.1. Introducción	181
7.2. El componente axiológico	184
7.3. El derecho como objeto tridimensional	184
7.4. Pluralismo metódico	188
7.5. Vigencia de las ontologías regionales	190
7.6. ¿Dimensiones filosóficas, metafóricas o jurídicas?	192
Bibliografía	197

**EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Volumen I:

Sociológica. De Teoría y de Historia.

por Alfredo Poviña

Año 1982, 431 págs. (Agotado)

Volumen II:

Introducción al estudio de la realidad estatal.

por Alfredo C. Rossetti

Año 1983, 311 págs. (Agotado)

Volumen III:

**Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la
Universidad de Córdoba (1614-1807).**

por Roberto I. Peña

Año 1986, 241 págs. (Agotado)

Volumen IV:

Manual de Derecho Político (reedición).

por Enrique Martínez Paz

Año 1988, 435 págs. (Agotado)

Volumen V (Libro del Cincuentenario)

El Derecho y los Problemas Contemporáneos.

Autores varios

Año 1991, 479 págs. (Agotado)

Volumen VI:

**Reseña histórica de la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Córdoba.**

por Carlos A. Luque Colombres

1ª Edición: Año 1991, 139 págs. (Agotado)

2ª Edición: Año 1998, 147 págs.

Volumen VII:

Persona y Derecho.

Autores varios

Volumen VIII:

El Derecho Argentino entre 1941 y 1991.

Autores varios

Año 1992, 465 págs.

Volumen IX:

La filosofía en Alberdi.

por Olsen A. Ghirardi

1ª Edición: Año 1993, 169 págs. (Agotado)

2ª Edición Aumentada: Año 2000, 249 págs.

Volumen X:

El Ethos y el Estado de Derecho en Occidente.

Autores varios

Año 1996, 155 págs. (Agotado)

Volumen XI:

Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente.

Autores varios

Año 1996, 167 págs. (Agotado)

Volumen XII:

Estudios en Honor de Pedro J. Frías.

Autores Varios

3 Volúmenes, Año 1994, 1553 págs. (Agotado)

Volumen XIII (coedición con Editorial Zavalía):

Obligaciones Naturales y Deberes Morales.

por Luis Moisset de Espanés

Año 1998, 377 págs.

Volumen XIV:

Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho.

Autores varios

Año 1999, 1127 págs.

Volumen XV:

Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino.

por Enrique Martínez Paz

Reedición facsimilar, Año 2000, 437 págs.

Volumen XVI (5 Tomos):

Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield.

Autores varios

Año 2000, 3085 págs.

Volumen XVII:

Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas.

Autores varios

Año 2000, 379 págs.

Volumen XVIII:

Deontología del Derecho. Abogacía y Abogados.

por Armando S. Andruet (h)

Año 2000, 289 págs.

Volumen XIX:

Cesión de Posición Contractual.

por Mario Carrer

Año 2000, 185 págs.

Volumen XX:

Mariano Moreno y las ideas político-constitucionales de su época.

por Carlos Egües

Año 2000, 211 págs.

Volumen XXI:

El proceso subversivo en Argentina a través de la bibliografía nacional.

por Emilio Vázquez Viera

Año 2000, 391 págs.

Volumen XXII:

El Siglo XXI y el Razonamiento Forense.

Autores varios

Año 2000, 363 págs. (Agotado)

Volumen XXIII: (Coedición con la Academia Nacional de Educación y la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba)

La educación, política de Estado.

Autores varios

Año 2000, 149 págs. (Agotado)

Volumen XXIV:

Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado

por Efraín Hugo Richard

Año 2000, 611 págs.

Volumen XXV:

Vélez Sársfield: vida y obra codificadora.

por Izquierdo, Sánchez Torres y Córdoba

Año 2000, 195 págs.

Volumen XXVI:

Humanismo Ambiental.

Autores varios

Año 2001, 167 págs. (Agotado)

Volumen XXVII:

Prevención especial y patronato de presos y liberados.

Autores varios

Año 2001, 175 págs.

Volumen XXVIII:

El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales.

Antonio María Hernández (h)

Año 2001, 136 págs.

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes de julio de 2001

