

La polémica de Buenos Aires: Kelsen—Cossio

Daniel E. Herrendorf

1. ACTUALIDAD DE LA CIENCIA

TODA POLEMICA CIENTIFICA contiene en sí misma una tremenda posibilidad; esto es: iniciar una ruptura epistemológica que, de cierta, puede hacer cambiar del todo y en todo el sentido que la ciencia otorgaba a sus preocupaciones hasta ese momento.

Si la ciencia es una ciencia humana, entonces la tremenda posibilidad de dicho cambio en la estructura de la investigación afectará directamente a la organización social. Si los juristas abandonaran, una buena mañana, sus modos actuales de comportarse, toda la vida social podría verse involucrada en uno de esos instantes, magníficos y confusos, que la historia registra como trances revolucionarios.

El siglo XX culmina en medio de revoluciones científicas extraordinarias. Todo el interés está puesto en la tecnología, y esta preocupación es justificada: el impacto que las ciencias aplicadas a la vida moderna produjeron es tan inmenso que es impensable el mundo de hoy sin sus manías cibernéticas.

En oriente, hace siglos, seres anónimos descubrieron que la espada podía ser la prolongación del brazo y de la fuerza, de la misma manera en que los rezos son la prolongación de la esperanza.

La ciencia multiplicó la prolongación de los sentidos: el megáfono fue la prolongación de la voz, que atravesó regiones y océanos; el telescopio, la prolongación de la mirada; los libros la prolongación de la memoria.

Hoy los satélites, las computadoras y la quiebra del átomo, han multiplicado las posibilidades de la voz, la memoria y la violencia.

El mundo se ha empequeñecido y se transforma, de tal modo, que los signos vitales de esta época son el vértigo y la velocidad.

La especie está alucinada con la tecnología, y mira hacia ella como a fuegos de artificio. Este impacto sobrecogedor, que ha sido aplaudido y detestado hasta el hartazgo, eclipsó las transformaciones que se produjeron en las ciencias sociales, que debieron abandonar el protagonismo que merecieron hacia los 60.

Ahora, los hippies se transformaron en yuppies (1), los socialdemócratas en capitalistas decorosos, los stalinistas en perestroika y los subdesarrollados en modernizadores: todos los procesos se dispensan y excusan en la alta complejidad del mundo moderno.

Siendo esto así, las ciencias sociales no pueden aceptar el rol asignado de ser entretenimientos en fin de semana.

Hay razones para suponer que la ciencia del Derecho también puede ser absorbida por las alucinaciones modernas. Las investigaciones actuales han abandonado una gran cantidad de problemas jurídicos que constituyen cuestiones realmente medulares para la organización de una ciencia jurídica que lo sea de verdad.

(1) Los "Yuppies" son hippies que han crecido. Esos personajes que en la década del 60 tenían 20 años, propiciaban la paz, la destrucción de la bomba, el fin del espíritu de lucro y la humanización del capitalismo, tienen ahora entre 40 y 50 años y son jóvenes empresarios exitosos, que se cortan el pelo, se peinan con gel, visten trajes carísimos y asisten a la ópera. La denominación proviene del Youth International Party -fundado por Abbie Hoffman y Jerry Rubin; de este último puede leerse "Do it" - que agrupa a quienes conservan los mismos ideales de entonces, a pesar de NERUDA, que decía "nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos".

2. *CIENCIA Y DERECHO: LA VERDADERA GUERRA HA COMENZADO*

Uno de los momentos más extraordinarios de esta ciencia, en este siglo, pudo haber sido la fecunda polémica que entablaron dos corrientes en disputa: nos referimos a la Teoría pura del Derecho, creada y sostenida por Hans Kelsen, y la Teoría egológica del Derecho, estructurada por Carlos Cossio.

La discusión científica entre ambos juristas está llena de episodios bibliográficos. La obra de ambos contiene una cantidad de puntos polémicos que deben analizarse. No obstante, la historia ha querido poner el acento en un hecho biográfico: el encuentro personal entre ambos contendores, realizado en Buenos Aires en 1949.

En efecto; la Universidad de Buenos Aires, a instancias de Carlos Cossio, invitó a Hans Kelsen a pronunciar una serie de conferencias. La expectativa era enorme; Hans Kelsen constituía entonces el centro irradiante de las más hondas meditaciones jurídicas; maestro a buen título de todos los juristas de su generación, con su Teoría pura había conseguido establecer un paradigma de investigación científica y un estilo de pensar que delimitaba con certeza el ámbito de la ciencia del Derecho.

Para que una ciencia lo sea de verdad, precisa metodologías apropiadas, un objeto de estudio delimitado y una comunidad científica que se comporte con relativa homogeneidad. El Derecho había asistido, durante el siglo XIX, a una solidificación malsana de sus conceptos, como si inmovilizar fuera sinónimo de consolidar; el mundo cambiaba, el Derecho no. El auge de la sociología y la crisis de los sistemas políticos habían puesto a los juristas entre la espada y la pared. La invasión ideológica en la ciencia jurídica era temida por todos, pero ese temor anidó en Kelsen como un estigma.

El maestro vienés advirtió en esta crisis que el Derecho vivía su gran posibilidad. Esto fue lo que Kelsen vivió con un sentido protagónico colosal; su rigor lógico puso la casa en orden. Todos conocemos cuáles fueron los grandes temas con los que la Teoría pura inauguró en este siglo la cientificidad de la ciencia del Derecho.

Todo esto era bien conocido en la Argentina, y también en toda la América Latina. Cossio había introducido, por primera vez en la historia universitaria argentina, el estudio sistemático de Kelsen en las Cátedras

de Filosofía del Derecho: en 1939 en la Universidad de La Plata y en 1949 en la Universidad de Buenos Aires. Junto con las obras fundamentales de HESSEN, HUSSERL, HEIDEGGER, DEL VECCHIO, RADBRUCH, MARX y STAMMLER, se incorporaban a las de KELSEN. El impacto fue grande, y al conjuro de estas nuevas ideas se gestó la Teoría egológica como un trance de incardinación entre la Teoría pura del Derecho, la fenomenología y el existencialismo.

Esto justifica que la visita de KELSEN haya tenido la enorme dimensión que tuvo. "El magno acontecimiento espiritual que la reciente visita de Hans KELSEN ha significado para los juristas argentinos y, en general, para los juristas de habla española nos obliga a ir tamizando, desde ahora, los resultados perdurables del acontecimiento, tal como se recogen las arenas auríferas en las corrientes cenagosas y turbulentas que las arrastran, pues el maestro, instalado en la cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires del 2 al 25 de agosto (de 1949), se puso en contacto con el público argentino ante un clima de expectación sin precedentes en nuestros ambientes jurídicos" (2).

KELSEN era, entonces, muy conocido y, por lo mismo, muy esperado. Escribió COSSIO también sobre esto que los juristas argentinos "impusieron la Teoría Pura en nuestro medio como una moneda jurídica circulante y obligaron a los demás a conocer a KELSEN (. . ." (3).

COSSIO nunca dejó de reconocer la paternidad de la Teoría pura respecto de las ideas que la egología había recogido de ella, ya sin retoques, ya rectificándolas donde se consideró preciso hacerlo (4). La fundamentalidad de las ideas de KELSEN para la egología fue tal que COSSIO, en su carácter de fundador y presidente del Instituto Argentino de filosofía jurídica, hizo traducir por primera vez la Teoría Pura del Derecho, editada en 1941 (5).

(2) Hans KELSEN - Carlos COSSIO, "*Problemas escogidos de la Teoría pura del Derecho*", Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952; pág. 83 (de la autoría de Carlos COSSIO).

(3) Hans KELSEN - Carlos COSSIO, "*Problemas escogidos . . .*" citado, pág. 83.

(4) "... corresponde a mi lealtad declarar que para llegar a la total inteligencia de la concepción egológica del Derecho creo necesario un adecuado conocimiento de KANT, HUSSERL y HEIDEGGER -además de KELSEN- ..." (COSSIO, "*La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*", 2da. edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964; pág. 14).

(5) Hans KELSEN, "*La Teoría pura del Derecho*", ed. Losada, Buenos Aires, 1941. Con prólogo de Carlos COSSIO y el auspicio del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.

Asimismo, COSSIO publicó en el diario de mayor circulación en Buenos Aires en esa época, una semblanza intelectual de Hans KELSEN con motivo de su sexagésimo aniversario, trabajo que KELSEN conoció y elogió en versión alemana, editado con el sugestivo título "El jurista de la época contemporánea" (6).

3. *COSSIO CONTRA KELSEN: UN ROUND SOBREDIMENSIONADO*

Señaló todos estos detalles biográficos deliberadamente. La discusión teórica entre ambos maestros generó después la idea, de algún modo equivocaba, de que había entre ambos una disputa personal, agresiva y permanente, que los distanciaba sin remedio. Nada más falso. Es cierto que después de la polémica que veremos las relaciones entre COSSIO y KELSEN decayeron y se enfriaron hasta caer en el silencio; lo que no significa que en el desarrollo teórico de la egología esto equivaliera a un repudio intelectual o un distanciamiento teórico. Aquel repudio y este distanciamiento han ocurrido después —y de algún modo siguen ocurriendo ahora— entre los discípulos de uno y de otro, bajo la idea, demasiado ligera, de que la condición de la subsistencia de alguna de las dos teorías es la destrucción de la otra. Estas situaciones no tienen nada que ver con la ciencia y mucho menos con su progreso.

Pero volvamos a 1949. KELSEN llega a Buenos Aires invitado por Carlos COSSIO. Pronunció cuatro conferencias, durante el curso de las cuales mantenía conversaciones, fuera de la Cátedra, con COSSIO y sus seguidores inmediatos, las cuales eran taquigrafiadas y transcritas, y luego fueron publicadas (7). Estas discusiones informales motivaron a KELSEN a reelaborar parte de las conferencias que impartía, y que traía ya escritas desde Berkeley. La primera exposición — "La ciencia del Derecho como ciencia social normativa" — fue leída intacta; la segunda — "El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho" — fue leída con numerosas correcciones y alteraciones manuscritas; la tercera y la cuarta — ambas bajo el título común de "El derecho como orden constrictivo" — fueron total-

(6) Se trata del diario "La Nación", edición del 12 de octubre de 1941. Fue reproducido luego en el tomo XII de los "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", entonces "Universidad Eva Perón". Es fácil encontrar la reproducción de este artículo publicado como apéndice en el libro de COSSIO "La valoración jurídica y la ciencia del Derecho", Ed. Arayu, Buenos Aires, 1954.

(7) KELSEN-COSSIO, "Problemas escogidos . . .", citado. Cf. a partir de la pág. 132.

mente reelaboradas, al punto que Kelsen debió retranscribir los originales para que le fuera posible leerlos sin sobresaltos.

Los originales de estos trabajos obran en los archivos de la Facultad invitante. Kelsen no solamente los había modificado y retocado, sino que se había comprometido a reelaborar muchos de sus puntos de vista sobre la base de la Teoría egológica que le había planteado "muchos y muy interesantes problemas", según sus propias palabras, añadiendo además que la egología era en América "la única filosofía del Derecho que había". Las concesiones teóricas que el maestro vienés hará a la egología después, en las reediciones y publicaciones de nuevas obras, dejan constancia de que esa reelaboración, en efecto, se produjo.

Ante la situación polémica que la discusión Cossio-Kelsen había creado, se imponía una recapitulación de lo polemizado. Es necesario destacar, ahora sí, que la idea de una polémica contra él no simpatizó demasiado a Kelsen; incluso, tuvo alguna expresión tardía —ya enfriadas y malquistadas sus relaciones con los egológicos— relativa a lo innecesario que podía resultar para él debatir con un teórico sudamericano que no tenía, al parecer, su dimensión. Es cierto que circularon algunos slogans universitarios que bien pudieron haber alterado el ánimo de Kelsen, como por ejemplo, aquél que refería que "hay que hacer kelseniano a Kelsen a pesar de Kelsen" que el propio Cossio no se cansaba de repetir; el mismo nombre de la polémica era un poco irritante: "Cossio contra Kelsen", en grado tal, que el propio maestro vienés, al concluir su tercera conferencia señaló que en la siguiente se referiría "a la causa Cossio contra Kelsen", lo cual, finalmente, no sucedió.

No obstante estos episodios menores que fueron enrareciendo la relación entre ambos maestros, Cossio escribió un Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina, bajo el título "Teoría egológica y Teoría pura". Este trabajo fue escrito antes de que llegara a Buenos Aires la versión definitiva de los escritos de Kelsen en francés; sin embargo, conocida la versión definitiva, no hubo mucho más que decir. Este Balance fue publicado, en primer lugar, en español, en la revista jurídica de Buenos Aires LA LEY (octubre de 1949); enseguida, en la REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS de Madrid, con algunos retoques (diciembre de 1949); luego, en la REVISTA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA de México (primer trimestre de 1950); finalmente, la versión vienesa traducida al alemán, que es la que Kelsen conoció, editada en OSTERR. ZEITSCHRIFT FÜR OFFENTLICHES RECHT. Esta publicación es importante, pues Kelsen tuvo allí la oportunidad de conocer en

forma directa las ideas que Cossio estaba oponiendo a las suyas. Esa publicación se realizó a pedido del Rector de la Universidad de Viena y Director de la prestigiosa revista citada, Prof. Alfred von Verdross, amigo y discípulo directo de Kelsen. La traducción la realizó en Buenos Aires el Prof. Otto E. Langfelder. Kelsen conoció la versión alemana del Balance antes de que fuera publicado, pues no solamente Cossio le envió una copia a Berkeley, sino que Verdross no procedió a publicar tal artículo hasta no obtener la expresa autorización del maestro vienés. A propósito de esto, es importante destacar con todos sus detalles que Kelsen autorizó esta publicación, y lo notificó a Cossio en estos términos:

"Bajo sobre separado le envío un ejemplar de un artículo "La Doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la Ciencia", y le pido que lo acepte como una muestra de mi alto aprecio por su persona y su sobresaliente labor de estudioso.

"Ahora estoy otra vez como uno de los editores de la Oesterr. Zeitschrift für Öffentliches Recht, fundada por mí en 1913. En este carácter he sido consultado acerca de la publicación de su artículo concerniente al Balance de mis clases en la Argentina. Va, de suyo, que dí mi consentimiento y estoy esperando leerlo impreso, en la excelente traducción de Langfelder" (8).

4. LA RUPTURA DEL DIALOGO

Esta situación —estamos en 1950— tornó incompresible una actitud posterior; cuando vieron la luz las cuatro conferencias de Kelsen editadas en español, publicadas en un libro conjunto con el Balance de Cossio mencionado, Kelsen interpuso una interdicción contra la circulación de ese libro, que fue retirado de circulación, para evitar inconvenientes mayores, por la propia casa editorial (9). De esta manera, Kelsen ponía fin a una discusión científica estupenda, llena de matices extraordinarios. No es preciso abrir, casi cuatro décadas después, un juicio sobre las características de la ruptura impulsada por Kelsen. Tamaña actitud dio por tierra una relación fecunda, que sí en esto arrojó consecuencias indeseables, las ha sufrido la ciencia jurídica y nadie más.

(8) La carta, enviada en inglés desde Berkely, fue publicada por la revista jurídica argentina LA LEY, el 18 de diciembre de 1952.

(9) En efecto, la editorial Guillermo Kraft retiró de circulación los ejemplares distribuidos en Buenos Aires. Actualmente, el libro es prácticamente inhallable.

5. LAS IDEAS EN DISPUTA

Las divergencias científicas entre ambas teorías son muchas, pero no todas son sustanciales.

Tal como lo señalara Werner Goldschmidt, en su libro "Conducta y Norma" (10), la polémica Kelsen-Cossio fue una de las primeras ocasiones en las que el maestro vienés aparecía en la emergencia de tener que defenderse públicamente. Las cuestiones, muchas y con aristas muy valiosas, fueron valoradas por los iusfilósofos y juristas de modos muy diversos. Lo cierto es que la polémica dejó un saldo de ideas trascendentes que vale la pena repensar.

Elas pueden ser sintetizadas así: a) hechos admitidos; b) hechos discutidos; c) problemas aplazados.

a) Entre los hechos admitidos, Kelsen concedió el carácter apriorístico y sintético —en sentido kantiano— del axioma ontológico de la libertad, y también se avino a la idea de que la Teoría pura constituyera una lógica del deber ser, con una reserva: que era mucho más que una lógica del deber ser allí donde Cossio decía que era solamente eso (11).

b) Los hechos discutidos fueron la comprensión en el Derecho como método gnoseológico típicamente fenomenológico a la par de la intuición fenomenológica (12); y las distinciones entre norma y regla del Derecho por un lado, y entre estática y dinámica jurídicas, por el otro (13).

(10) Werner GOLDSCHMIDT, "Conducta y Norma", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1953. GOLDSCHMIDT era alemán de nacimiento; durante la segunda guerra se exilió en España, y por invitación de Cossio llegó a la Argentina para radicarse; dictó clases en la Universidad Nacional de Tucumán desde su arribo al país. Su filiación a la Teoría egológica fue casi inmediata, pero el viraje de sus ideas fue tal que con cierta brusquedad fue incorporando elementos —al comienzo bastante disonantes con sus ideas originarias— para adherirse a algunas concepciones confesionales y finalmente a la corriente de los tridimensionalismo que en Brasil había inaugurado Miguel REALE. Creó su propia doctrina "trialista" y una teoría de la justicia que llamó "dikelogía". Su distanciamiento con Cossio fue total, incluso personalmente. Evidentemente, el tiempo es un dios complicado.

(11) Respecto del axioma ontológico de la libertad, véase HERRENDORF, Daniel E., "Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1990; capítulo VIII. "El axioma ontológico de la libertad como juicio sintético a priori", pág. 323.

(12) Respecto de la causa, la comprensión, la intuición y el método gnoseológico en el Derecho, véase COSSIO, Carlos, "La Causa y la comprensión en el Derecho", Juárez Ed., Buenos Aires, 1969.

(13) Respecto de la distinción entre regla de derecho y norma jurídica, puede verse HERRENDORF, Daniel E., "La situación actual de la Teoría general del Derecho", Ed. CARDENAS VELAZCO, México, 1990; también "La crisis del pensamiento kelseniano - Abjuración en

c) Problemas aplazados fueron la coordinación horizontal de las normas, las antinomias científicas de la dogmática, los juicios indefinidos y la norma como juicio disyuntivo.

Pues bien; escogí un problema que ambas teorías encuentran como un punto polémico; y, que actualmente, puede ser de interés para la ciencia jurídica: se trata de problema de la estructura lógica de la norma.

6. *EL PROBLEMA DE LA ESTRUCTURA LOGICA DE LA NORMA JURIDICA:* *CUATRO OBSERVACIONES BASICAS*

En la Teoría pura, la estructura lógica de la norma jurídica sería la siguiente:

Si es no-p, (entonces) debe ser s

Su significación jurídica diría entonces:

Dado un hecho personal como entuerto (no-p) debe ser la sanción (s).

La fórmula kelseniana contiene, por lo tanto, cuatro conceptos puros:

1. El entuerto
2. La persona (que lo comete)
3. La cópula "debe ser"
4. La sanción

Estos son los conceptos que la teoría general denomina conceptos fundamentales

La coherencia lógica de esta estructura permitió que sus partidarios la consideraran un esquema relativamente definido dentro de la ciencia jurídica.

Salzburgo", publicado en la revista INVESTIGACION Y DOCENCIA de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario - Arg. - nro. 14 (1989), y en el diario jurídico EL DERECHO, nro. 7458 del 26 de marzo de 1990.

En cambio, en la Teoría egológica, la estructura lógica de toda norma jurídica sería otra, integrada por diez conceptos fundamentales:

- 1) H.— Dado el Hecho inicial de una totalidad sucesiva de estructura coexistencial,
- 2) debe ser (primera cópula normativa),
- 3) P.— la Prestación (cumplimiento de la prestación como conducta interferida),
- 4) Ao.— de Alguien obligado (sujeto interferido),
- 5) At.— por Alguien titular del Derecho en cuestión (sujeto interferente),
- 6) ... o ... (cópula disyuntiva)
- 7) No-P.— dada la No Prestación como transgresión (entuerto),
- 2) debe ser (segunda cópula normativa),
- 8) S.— la Sanción de alguien interferido (el transgresor)
- 9) Fo.— por parte de algún Funcionario obligado (el juez, la autoridad administrativa, etc.)
- 10) dC.— por delegación de la Comunidad (a través de las normas).

En notación simbólica, tan cara a la logística, la norma egológica se vería así:

Dado H debe ser P por Ao ante At,

o

dado no-P debe ser S por Fo ante dC.

Lo que sin duda suena mejor en español.

Comparando ambas estructuras es visible la posibilidad de hacer a la norma kelseniana algunas observaciones; cuatro, por lo menos:

I. Primera observación: juridicidad de las licitudes.

La estructura kelseniana de la norma deja a extramuros de su juridicidad todo el ámbito del cumplimiento espontáneo del Derecho que aparece como experiencia primaria y de más dilatada extensión en la vida familiar, en los contratos cumplidos sin fricciones, en los actos de última voluntad, en el uso de los bienes propios contando con el respeto ajeno, etc.

La significación jurídica que la estructura kelseniana permite tomar, filtra todo esto y lo deja de lado postulando que con semejante amplitud excedemos el enfoque jurídico.

Kelsen no advirtió ni la existencia ni la inmanencia de este ámbito de licitudes jurídicas, sino que lo puso como consecuencia de acomodarse al esquema normativo por él constituido.

Se trata de una laguna doctrinaria. Por eso Kelsen no da razones para explicar su creencia de que el Derecho sea norma, sólo norma y nada más que norma; es una decisión, un úcase adoptado por el maestro vienés, con inteligencia pero sin fundamentos, a su pleno antojo.

Para la Teoría pura, todo aquel ámbito de lo espontáneo sería sociológico y no jurídico. Es, por esto mismo, que Kelsen considera que las significaciones jurídicas que de algún modo se conectan con este ámbito de cumplimiento espontáneo del Derecho, nunca dejarán de ser ilusiones conceptuales.

En este punto, la Teoría pura se deshace de las licitudes jurídicas sobre la decisión de que tales licitudes, por ser justamente licitudes, no son hechos jurídicos concretos.

En la medida que Kelsen considera que los actos ilícitos son los únicos actos jurídicos, estrecha el ámbito de desenvolvimiento de la ciencia jurídica, cubriendo siempre todos los problemas jurídicos con los mismos cuatro conceptos típicos de su norma.

Esto podría deberse a que la Teoría pura ha tomado al Derecho penal por modelo; pero éste no sería un motivo para absolverla de su falta de amplitud teórica para romper con el construccionismo de sus supuestos metodológicos, o el que la doctrina penal le estuviera imponiendo. Porque incluso la teoría penal, al reconocer que matar al prójimo constituye sustantivamente un ilícito penal, está reconociendo que no hacerlo es, también sustantivamente, un lícito penal.

Aquí se ve con más claridad que la contraposición lícito-ilícito contiene una oposición de lógica pura, y no una oposición entre lo jurídico y lo sociológico.

No obstante, la Teoría pura siguió sosteniendo que todas las licitudes, civiles o penales, carecen de carácter jurídico porque no tienen un lugar intrasistemático en la teoría de la norma kelseniana.

Para el positivismo corriente, en ninguna licitud hay nada expresamente jurídico; no habría allí más que una duplicación del lenguaje

jurídico, expresado en la norma de Cossio para decir por el reverso lo que, aparentemente, ya estaría expresado por el anverso en la norma de Kelsen.

Ia. El planteo fenomenológico

Hay en todo esto cierto descuido metodológico. La Teoría pura atribuye al concepto un papel creador de algo que no tiene que ser creado porque ya existe en la realidad: es decir, las licitudes existen y no es necesario crearlas con conceptos puros, porque ellas —en tanto que licitudes— son algo específico que está en la realidad consistiendo en algo concreto.

Si aceptáramos la idea neokantiana de que el concepto crea el objeto, habría de suponerse que las cosas existen, existen sin consistir en nada; o, algo todavía peor, que algo de lo que existe, existe sin consistir en algo. Todo lo cual constituye una verdadera aberración.

La fenomenología, con postulados elementales, ha dejado en claro situaciones como éstas:

- Las cosas que son, están ónticamente dadas en la realidad. Puede que estén al descubierto y entonces basta abrir los ojos para verlas. Puede que estén encubiertas y entonces cabe desocultarlas para descubrirlas. (Husserl "Ideas", Parágrafo 3).
- Todo cuanto existe, existe consistiendo en algo (Husserl, "Ideas", parágrafos 7, 34 y 142).

Estos dos principios fenomenológicos enuncian el problema de la racionalidad del ente, sobre el que debe apoyarse toda investigación referida a los objetos (14).

En cambio, Kelsen, que se manejaba cómodamente en la escuela

(14) Para dilucidar el problema, complejo para los juristas, de las distinciones "óntico" y "ontológico", y el relieve filosófico de la verdad en el trance de esas instancias entitativas, puede leerse de manera preliminar el ensayo de Cossio, "Definición de los términos óntico y ontológico", incluido por apéndice II de la tercera edición de su libro "El Derecho en el derecho judicial" (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 363). Una vez hecho lo cual resulta recomendable el ensayo, también de Cossio, "Verdad del ente y verdad de la conducta", ponencia ante el Congreso Internacional de Filosofía en Sao Paulo (del 9 al 15 de agosto de 1954) y reeditado en Sao Paulo, en versión castellana, en 1951 por el Instituto Brasileño de Filosofía ("Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires", año IX, No. 41, noviembre — diciembre de 1954).

neocrítica, sostenía que el método crea el objeto, fiel así a los preceptos de los discípulos de Marburgo.

La experiencia queda en este trance desplazada de la investigación filosófica; no importa el objeto que se estudie: importa el método que el científico maneje. Tampoco importan las aptitudes de tal científico, ni el modo en que él se sienta situado en la ciencia en la que deposita su vida profesional, toda entera; para la escuela neocrítica la investigación es el modo de emplear un método; para la egológica, en cambio, es un problema de ser o no ser.

Para la Teoría pura resulta suficiente atribuir al concepto un papel creador de algo que, se supone, es la experiencia, aunque en la realidad pueda ser una ilusión, una alucinación, una ensonación o un espejismo ideológico.

Husserl es más persuasivo con su planteo fenomenológico. Destaca que cualquier vivencia nos muestra a la par, su consistir y su existir. Así, por ejemplo, si escribo, sé que escribo, que estoy escribiendo y no cabalgando, o pintando, o leyendo; y sé también qué cosa escribo (estas palabras y no aquellas otras).

Lo primero es la existencia, que no puede darse sin lo segundo, la consistencia.

Estas vivencias así tematizadas llevan consigo, de modo inmanente, la garantía de su existencia, en la misma medida en que esas experiencias se dan con onticidad de modo indubitable.

Por eso, Cossio mostraba en su Teoría egológica que la estructura de la norma jurídica acoge en su juridicidad no solamente el ámbito recogido por Kelsen, sino también el campo del cumplimiento condescendiente y del cumplimiento espontáneo del Derecho.

I.b) El axioma ontológico de la libertad como juicio sintético a priori

La norma egológica asume la juridicidad de las licitudes apoyada en el axioma ontológico de la libertad, que se enuncia así: Todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido.

Con esto se indica que, siendo la libertad un prius de la conducta

humana, todo individuo está siempre en condiciones jurídicas de llevar a cabo un acto lícito.

La egología exhibe este axioma como un juicio sintético a priori en lenguaje kantiano.

Este axioma fue explicado con todos sus detalles en nuestro libro "Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho", y a él nos remitimos (15).

II. Segunda observación: Unicidad conceptual en la norma.

Primacía de la sanción en la Teoría pura

La estructura kelseniana de la norma parece tener la única pretensión de aplicar sanciones y nada más. Esto significaría que el único modo de ser del Derecho estaría contenido en la determinación de penas. Es así como Kelsen afirma —tributario del lenguaje antropomórfico de su época que el Derecho sólo quiere sancionar, que no tiene otro cometido que aplicar sanciones.

Esta afirmación fue impugnada en la polémica por varias razones. La más obvia es que un juez, como órgano jurisdiccional del Estado, puede sancionar a un procesado, pero también puede absolverlo, o puede desestimar la querella, archivar las actuaciones, etc.— con lo cual la voluntad del Derecho no sería sólo aplicar penas, sino incardinar la vida biográfica de los hombres con el pleno ejercicio de su libertad situacional.

La estructura egológica de la norma muestra el Derecho a través de cuatro modos de ser:

- a) La facultad
- b) La prestación
- c) El entuerto
- d) La sanción

(15) HERRENDORF, Daniel E.: "Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho", Cap. VIII, "El axioma ontológico de la libertad como juicio sintético a priori", pág. 323: Ed. Ediar, Buenos Aires, 1990.
También, nuestro artículo que, con el mismo título, publicó la revista jurídica argentina EL DERECHO, edición del 14 de marzo de 1989, nro. 7199.

Cada uno de estos modos de ser del Derecho enfocan la conducta humana en su coexistencia societaria, en la medida en que ella puede estar impedida o no impedida; además, cada uno de estos conceptos no es sólo un concepto abstracto, sino que se presenta haciendo una concreta referencia a algo que sustantivamente existe en la realidad y en la experiencia jurídica: hace referencia, en suma, al comportamiento de alguien, impedido o permitido por el comportamiento de otro alguien.

La Teoría pura teoriza solamente la conducta del funcionario en funciones: la conducta del juez sancionando.

La Teoría egológica opone a esto el intento por teorizar cualquier conducta convivencial, de cualquier persona jurídica, en cualquier situación de coexistencia específica.

Sin conducta, es obvio, no hay Derecho; por eso no existe el derecho de los vegetales, y por eso desde que hubo conductas humanas hubo Derecho aunque no hubiera habido ninguna expresión normativa clásica o heterodoxa. Ahora bien: habiendo ahora conceptualizaciones normativas de toda clase, esas normas no pueden dejar de conceptualizar la conducta, pues estarían deshaciéndose de la misma médula de toda vida jurídica posible.

En este sentido, en la norma egológica hay una conceptualización de conductas que es, para la filosofía, una nota ontológica ineludible, y para la ciencia jurídica, un handicap sobre otras teorizaciones más desnutridas.

Veamos, en estos ejemplos, cuál es la perspectiva ontológica de la norma egológica completa:

Imaginemos a un hombre que está golpeando de puño a otro en una esquina; a una mujer que ayuda a levantarse a otra que se ha caído; y a un individuo que entrega a otro un cordero y recibe de él cinco gallinas.

El dato óntico de cualesquiera de estas interferencias de conductas está a la vista: dos hombres golpeándose, una mujer levantando a otra, un intercambio de objetos diversos. Pero lo que no aparece con la misma onticidad, y, por lo tanto, apenas es una sospecha en penumbras, es el sentido de cada una de estas conductas; no se ve

con claridad ni generalidad que pudiese haber en estas interferencias de facultad, de prestación, de entuerto o de sanción; no se nos rebela inmediatamente el sentido de esos sustratos de conducta. Y mucho menos si hay una reacción en legítima defensa en el primer caso, una locación de servicios en el segundo, y una devolución recíproca de objeto ajeno tomados por error, en el tercero. Cuando hubiese cabido hablar a primera vista, en cada caso respectivo, de una agresión punible, una petición de ayuda y un canje voluntario.

El dato ontológico caracteriza las conductas como hechos de sentido y con sentido. En todos los casos esto fue así, aun en el caso en que el primer agresor histórico propinó el primer golpe de puño al primer agredido, pues a pesar de que no había normas que tipificaran esa conducta, era por sí una conducta valiosa en sentido positivo o negativo. Y si así no fuera, la universalmente condenada muerte de Abel no sería un acto disvalioso para el Derecho, puesto que sólo ahora podría tipificarse esa conducta como fratricidio en orden al homicidio simple agravado por uso de objeto punzante; tipificación actual contra la cual Kelsen podría interponer su queja alegando el carácter *ex post-facto* de la norma, con lo que la absolución de Caín se impondría en virtud de la garantía del debido proceso. ¿Será verdad?

Si el Antiguo Testamento reprocha severamente el asesinato de Abel, es porque ya existían todos los elementos relativos a la juridicidad. Se nos dirá que se trataba de una condena moral, o, en el mejor de los casos, una sanción social. Pues habrá que reponer que habiendo condena moral y sanción social, hay conducta y valor en la conducta, hay intencionalidad de la conciencia y una forma de vida que la sociedad ha elegido para sí y que no incluye al homicidio; habiendo todo esto, ya hay Derecho en toda y su más honda expresión óntica y ontológica.

III. Tercera observación: La norma como juicio disyuntivo

La norma kelseniana viene a ser, en su forma lógica, un juicio hipotético. La inteligibilidad lógica del juicio hipotético en las ciencias naturales está contenida en esta representación simbólica:

Si S existe, entonces, S es P

El juicio principal "S es P" tiene la universalidad absoluta de un juicio matemático. Aún así, su problema principal radica en tener que estar unido y, al mismo tiempo, separado de un juicio de existencia.

No obstante, esta yuxtaposición de un condicionante y un condicionado corresponde al modelo de la ciencia natural dependiendo en la contingencia de la existencia del mundo externo. Relegada esta contingencia a la condición de juicio hipotético, esta forma lógica adquiere, como juicio, un ensamble categorial para la experiencia de la naturaleza que esclarece el alcance gnoseológico de las ciencias naturales: cosa que fue advertida por los científicos de fines del siglo XIX y, principalmente, del XX, Kelsen, naturalmente, entre ellos. Por este conducto viene la inclusión heterodoxa de Kelsen en la Escuela de Marburgo, tanto como por la nueva cópula del juicio jurídico como reimplantación de la noción kantiana de categoría.

Importa, en todo esto, la revisión husserliana de Kant, según la cual el juicio hipotético, como implicación lógica, además de su papel formal en la combinatoria matemática del cálculo proposicional, juega en las ciencias químicas y físicas apoyándose en la causalidad como una peculiar intuición categorial de ellas.

La médula de la revisión husserliana de Kant radica justamente en el problema de la intuición categorial (Husserl, "Investigaciones lógicas", sexta investigación, sección 2da.; ver, además, Szilasi, "Introducción a la fenomenología de Husserl", Buenos Aires, 1973; págs. 45 a 73).

Ya Kant había advertido que los ojos de la cara no perciben ni pueden percibir en las cosas mismas la causatividad que una puede tener sobre la otra y que nuestro juicio les atribuye; por eso él sugirió genialmente que la causalidad era una forma de nuestro intelecto al actuar y desplegarse como conocimiento, dándole así a la causalidad una ubicación subjetiva, pero no como subjetividad empírica, sino como subjetividad trascendental; es decir, en todas partes y para siempre, como la inteligibilidad relativa a todo fenómeno al ser conocido.

La tesis de Husserl resulta más convincente porque emerge de una previa descripción eidética de la conciencia como tal —tarea ajena a Kant— para sostener que la causalidad no es una forma del intelecto

sino que está en las cosas mismas; sólo que no puede ser percibida por la intuición sensorial sino por una intuición categorial de la idealidad del estado en que las cosas se encuentran las unas en relación a las otras.

Para Husserl, la causalidad no es ningún predicado determinativo de la entidad de ninguna cosa en cuanto a su ser-ente; es un predicato del estado o conjunto de cosas en sí mismo; está en cualquier estado o conjunto de cosas físicas, el cual, constituido por relaciones (la relación causal entre ellas), reclama una intuición intelectual o categorial (intelección, en el lenguaje de Cossio), según es la legalidad gnoseológica correspondiente para percibir la relacionalidad de toda relación.

El juicio hipotético, haciéndose cargo de la contingencia radical de la experiencia física, simplemente expresa en forma conceptual la relación causativa que atañe a un determinado estado existente de cosas de aquella experiencia.

Este tipo de juicio —como inherente a toda ley física o química— resulta un instrumento lógico que se corresponde con la problemática del conocimiento material específico de la búsqueda científica de dichas ciencias; sirve así para despejar la racionalidad del ente referida a una experiencia que emerge sobre la necesidad. El juicio hipotético expresa en la química y en la física, sin residuo de ninguna especie, la relación causal que hubiere entre dos fenómenos contingentes una vez que la experiencia ha superado la contingencia del fenómeno condicionante, habiéndose producido éste ya.

Muy distante del planteo del juicio hipotético, —insistente en Kelsen, y cuya validez lógica se ajusta a las ciencias físicas, químicas y matemáticas, pero no al Derecho— la egología opone un juicio que, por su forma lógica, viene a ser un juicio disyuntivo integrado por diez conceptos jurídicos fundamentales que se encadenan en once eslabones, según se ha visto más arriba.

Presenta, asimismo, dos alternativas de conducta. La primera está tematizada en la endonorma, y viene a ser la alternativa de la licitud presentada como prius de la libertad jurídica: la endonorma aparece

así articulada en los cinco primeros eslabones del juicio disyuntivo (16).

La segunda alternativa se ve tematizada en la perinorma, que conceptualiza la ilegalidad jurídica, como el posterior del impedimento conductual: la perinorma aparece así articulada en los cinco últimos eslabones del juicio mencionado.

El eslabón intermedio entre endonorma y perinorma está ocupado por la conjunción "o", definida como "una unión que desune" (17).

La endonorma y la perinorma tienen significaciones antitéticas: la primera expresa la libertad como franquia autónoma y heterónoma en coordinación; la segunda, la libertad como impedimento prohibido (el ilícito) y otro impedimento obligatorio (la sanción).

Es así como la "o" egológica logra unir ambas significaciones, constituyendo otra significación de conjunto, adecuada para mentar la impedibilidad coexistencial de la libertad por la libertad misma; es decir, la libertad de la intersubjetividad convivencial en el perfil de poder ser impedida o no impedida al coactuar dos o más personas.

De esta manera, hay libertad no impedida en la facultad de señorío y en la prestación —ambas conceptualizadas en la endonorma—; y hay libertad impedida en el entuerto para el perjudicado, y en la sanción para el autor del ilícito —ambos conceptualizados en la perinorma.

(16) Carlos COSSIO, *"La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad"*, 2da. ed., Buenos Aires, 1964; págs. 405-406 y 656, y en especial 667. Allí se verá con claridad la tematización del problema de la libertad como prius en el Derecho. Véase también en el índice analítico de la misma obra la voz "libertad jurídica como prius en el Derecho".

(17) *"Gramática de la Lengua española"*, Madrid, edición de la discutida Real Academia Española, nros. 336 a 338. El problema que la logística se hace con ésta "o" como trance de incardinación de un juicio indivisible, tratando de mostrarlo como un punto de enlace entre dos proposiciones atómicas para formar una proposición molecular, puede encontrarse de modo directo en mi libro *"Las corrientes actuales de la filosofía del Derecho"*, cit., parágrafo V del Cap. II: "La norma egológica como juicio disyuntivo indivisible", pág. 71 y sgts.; y también, bajo el mismo título, en EL DERECHO, nro. 7284 de julio-18 de 1989.

He aquí tematizados en una sola norma como juicio disyuntivo los cuatro modos de ser del Derecho (18).

IV. Cuarta observación: El Derecho como conducta humana

Para la Teoría pura, lo único que interesa al Derecho son las normas, pues el Derecho, para ella, es norma, sólo norma y nada más que norma. Kelsen trabaja con este supuesto en todo momento (19).

La razón más evidente es el tributo que este esquema rinde al construccionismo racionalista en correspondencia con un normativismo absoluto que Kelsen presentaba bajo la forma de la pureza metódica. La egología dirá que este esfuerzo purificador borró al Derecho del Derecho. En el fondo y al final, ésta es la discusión esencial entre ambas teorías. Si bien cabe suponer que aquél supuesto de la Teoría pura se remite a una categoría gnoseológica de alcance kantiano en el sentido neokantiano de la escuela de Marburgo, la egología opondrá a esto la fenomenología en bloque, desdiciendo y contradiciendo a todo el sistema filosófico neokantiano. Aquí la discidencia es total, pues las normas siempre dicen algo, y si el Derecho fuera norma y nada más, sería lo que las normas dicen y nada más.

Pero si todo juicio que dice algo lo dice acerca de algo, este segundo algo —que es la conducta y la realidad mismas— quedará fuera del alcance de la tematización kelseniana con apoyo en Kant. La Teoría egológica pondrá, en cambio, todos sus esfuerzos en este segundo "algo", esto es, en dirigirse hacia aquello que las normas mientan cuando algo dicen.

(18) La noción de impedimento es fundamental en la Teoría egológica. Para ella, el Derecho expresa su modo de ser a través de la libertad permitida —facultad— y la libertad prohibida ilícito. En este sentido, la impedibilidad como concepto alude a la viabilidad del impedimento en cualquiera de sus variantes efectivas de una misma situación concreta. Se refiere, así, a todas posibilidades, positivas o negativas, que reclamen una correspondencia con la noción de impedibilidad para esclarecer su significado, comenzando por la noción de no-impedimento y concluyendo por la de impedimento total. Por eso, en la disyunción egológica entre endonorma y perinorma hay, además, una disyunción relativa a la conceptualización de franquicias como no-impedimento, y del ilícito-sanción como impedimento.

(19) Quien insistió pulcramente sobre este punto fue Antonio L. Machado Neto, el ilustre profesor e filósofo brasileño, a quien la muerte sorprendió demasiado pronto —pronto para él, pronto para todos—, y que trata el asunto agudamente en "A Lógica deontica de Kelsen a Cossio, Teoría da ciência jurídica", y en "Fundamentación egológica de la Teoría general del Derecho". Esta última en versión española, Buenos Aires, 1974, Ed. Eudeba (recientemente reimpresa).

Son, pues, las propias normas las que nos permiten afirmar que el Derecho es conducta y no normas. Que es, en suma, realidad existencial y biográfica, y no idealidad semántica.

La oposición entre el análisis neokantiano y la vivisección fenomenológica no parece tener puntos de encuentro. En este trance, Kelsen y Cossio ha llegado al punto sin retorno en el que dos mentalidades filosóficas distintas hablan su propio lenguaje sin comunicación ni diálogo.

Cualquier comunicación entre un punto de vista y el otro implicaría una renuncia a las ideas filosóficas asumidas. Kelsen no estaba preparado para abordar problemas filosóficos de esa naturaleza, como él mismo declaró en Buenos Aires. Cossio ni siquiera pensaba en abandonar la filosofía, pues significaba, en definitiva, abandonar a Cossio.

UN PRELUDIO

Cabrían algunas palabras finales. Pero no pueden ser finales las palabras que se escriben para iniciar un replanteo y una discusión.

"Vivimos en polémica", decía Cossio. Pues sí; así vivimos y así debe vivir la ciencia. Las palabras finales no pueden ser sino prologables. Las ideas de ambos maestros deben ser examinadas, escrutadas, juzgadas una vez más. Es una tarea fascinante y compleja como todas las que valen la pena.

Detrás del rectilíneo laberinto, encontraremos laberintos circulares. En filosofía no hay puertas de entrada ni de salida. Siempre se está adentro. Llegamos a ella sin saber que estuvimos siempre allí. La abandonamos sin saber que nos quedamos con ella.