

TEORIA EGOLÓGICA Y TEORIA PURA (*)

(Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)

por CARLOS COSSIO

SUMARIO: I. Pertinencia de una pincelada retrospectiva. - II. Dos dimensiones de encuadre. - III. Las concordancias de pensamiento: 1) el axioma ontológico; 2) la lógica del deber ser. - IV. Los tres protagonistas y sus problemas. - V. Las discrepancias pendientes: a) La intuición del derecho: las tesis; desarrollo de la tesis egológica; qué objetó Kelsen; cómo se defendió Kelsen; apostilla. b) Norma y regla de derecho: las tesis; desarrollo de la tesis egológica; qué objetó Kelsen; cómo se defendió Kelsen; apostilla; corolario sobre la norma como esquema de interpretación. c) Estática y Dinámica del Derecho: las tesis; la crítica egológica; apostilla. - VI. Las novedades no comprometedoras: 1) la coordinación horizontal de las normas en la pirámide jurídica; 2) las antinomias científicas de la Dogmática; 3) el papel de los juicios indefinidos; 4) la estructura disyuntiva de la norma jurídica. - VII. ¿Epílogo o prólogo?

I. - PERTINENCIA DE UNA PINCELADA RETROSPECTIVA

El magnó 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 ya los resultados perdurables del acontecimiento, tal como se recogen las arenas auríferas en la corriente cenagosa y turbulenta que las arrastra. Pues el Maestro, instalado en la cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires desde el 2 al 25 de agosto próximo pasado, se puso en contacto con el público argentino ante un clima de expectativa sin precedentes en nuestros ambientes jurídicos. Conocida la causa de esta tensión de los espíritus, no podemos olvidarla como pincelada inicial al afrontar nuestra tarea, porque sin ella perderíamos un hilo necesario a la compren-

sión de los detalles. En tal sentido se reconoce, con unanimidad de pareceres, que la causa exclusiva del clima propicio, con su expectativa y con su tensión, se debe redondamente al hecho de la difusión nacional alcanzada por la Teoría Egológica, pues los juristas egológicos puestos, desde hace tres lustros, en la tarea, no de repetir a Kelsen, sino de repensarlo, impusieron la Teoría pura en nuestro medio como una moneda jurídica circulante y obligaron a los demás a conocer a Kelsen, con las limitaciones naturales de los intereses y las capacidades de cada cual.

Pero precisamente este origen de la inquietud kelseniana en la Argentina, siendo un origen de desgarramiento al modo de ser que tenía nuestra mentalidad jurídica tradicional, arrojó sobre la extraordinaria expectativa algunas impurezas que, como la escoria, han de ser rigurosamente dejadas de lado en la tarea de tomar los granos auríferos.

II. - DOS DIMENSIONES DE ENCUADRE

Lo primero que debo decir es que este balance de la visita de Kelsen no puede ser, por ahora, definitivo, sino apenas provisional. Y esto por la razón decisiva que no tenemos de Kelsen su última palabra.

En efecto, Kelsen trajo sus conferencias en francés, totalmente redactadas desde Berkeley; y con la primera de ellas, intacta, comenzó su curso el día 5. Ese mismo día, ante una pregunta del Decano de nuestra Facultad acerca del destino de las conferencias y frente a su deseo de que la Facultad las publicara en una edición bilingüe, Kelsen, muy satisfecho con la idea, respondió que las conferencias pertenecían a la Facultad invitante y que antes de su partida entregaría todos los originales a tal efecto (1).

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

(1) Los textos no se entregaron de inmediato, después de cada conferencia, por los compromisos contraídos por el Maestro con las Facultades de Derecho de La Plata y Montevideo. Con cordial gentileza, no quiso declinar estas invitaciones como

tuvo que hacerlo, por razones de distancia, con las otras Universidades argentinas. Pero como no traía nada especialmente redactado para ellas, en virtud de que las invitaciones se concretaron después de su llegada, se vió forzado a utilizar los textos de las de Buenos Aires.

Pero a raíz de las conversaciones justafilosóficas, colectivas o individuales, que el Maestro diariamente mantenía, ya la segunda conferencia fué alterada en su texto primitivo y leída con numerosas correcciones o añadidos manuscritos. La tercera fué reelaborada y retocada de cabo a rabo; y la cuarta y última también sufrió modificaciones. Alguno de estos retoques fué tan extenso, que yo mismo se lo pasé a máquina en francés, con objeto de evitarle la molestia de la lectura de toda una página manuscrita. Quienes escuchamos la segunda conferencia de Buenos Aires y cómo la arregló para hablar en La Plata el 23 de agosto, advertimos sin dificultad nuevos cambios y flamantes concesiones a la egología. También este proceso de reelaboración de sus textos —que denota en Kelsen su horror a la palabra *excathedra* y su humildad científica para hablar a conciencia—, explica la defraudación de cierta parte del público con la tercera conferencia, pues Kelsen había concluido la segunda con la frase de que la próxima sería “la causa Cossio contra Kelsen”, para defender a la Teoría Pura de críticas muy serias hechas por la Teoría Ecológica; y la tercera salió a luz sin ninguna *discusión* de aquellos argumentos críticos, presentando solamente la exposición de algunos puntos fundamentales de la Teoría Pura.

De todo esto resultó, con elocuencia que habla por sí misma, que llegado el momento del regreso, despidiéndose de nosotros en el Decanato de la Facultad y reiterando lo que ya varias veces me había dicho, Kelsen expresó que se llevaba los originales de sus conferencias y que los enviaría desde Berkeley en su versión definitiva, porque les había hecho y todavía tenía que hacerles muchas enmiendas; que le habíamos planteado numerosas cuestiones fundamentales que necesitaba analizar y meditar; que con el ritmo premioso de su vida de huésped, tal cosa le resultó explícitamente imposible en Buenos Aires; y que, en tal sentido, varias de las cosas que había expresado en la cátedra, tenían un carácter precario, porque llegando el instante de una conferencia, estaba forzado a decirnos algo para cumplir con su cometido, aunque le hubieran surgido dudas al respecto.

En resumen: que Kelsen se llevó los textos de sus conferencias para reelaborarlos; y que hasta que no nos envíe la versión definitiva, el balance de su visita sólo puede ser provisional, a pesar de las tomas fonográficas o taquigráficas (éstas, ni siquiera revisadas).

T. 56. Sec. doctrina

Este gesto de Kelsen no es el único que perfila objetivamente el espíritu que ha de recoger el balance de su visita, cualesquiera sean los resultados a que quienquiera llegue o se preponga llegar. Este gesto es superlativamente honroso para Kelsen y para los estudiosos argentinos. Hay que decirlo con modestia y con orgullo a un tiempo. Pues denota que Kelsen no ha venido a recitarnos sus ideas, bien conocidas en el mundo entero, y mejor que en ninguna parte en las universidades argentinas, por toda una generación de jóvenes de excepcional vocación jurídica que aprendieron a repensarlas y no sólo a repetir las. En un arranque sin par de curiosidad científica y de simpatía por nosotros, Kelsen ha venido a dialogar con la Teoría Ecológica y sólo a eso. He aquí una segunda dimensión preliminar que ha de tenerse en cuenta en el balance de su visita, si se quiere extraerle objetivamente un significado. Kelsen ha venido a dialogar con la Teoría Ecológica; esa ha sido su primera palabra a los periodistas al pisar nuestro suelo; ese ha sido el hecho permanente de sus conversaciones en público y en privado; ese ha sido el cañamazo, ora expreso, ora tácito, de sus conferencias en nuestra Facultad. Y por eso, ante la invitación brasileña para hablar en Río de la filosofía jurídica latino-americana, nos expresó que hablaría de la Teoría Ecológica porque era la única filosofía jurídica latino-americana que había.

Es verdad que Kelsen ha coqueteado en grande, allanándose a la egología en la conversación privada muchísimo más que en sus disertaciones académicas. Si esto era la bonhomía peculiar de su cortesía, o una técnica de su diálogo analítico, o la afloración de dudas ya arraigadas, es cosa que no tiene importancia averiguar y que a él tampoco le interesará aclarar. En todo caso al pendulaje lo ha tenido él y es asunto de su responsabilidad este juego de dibujo y desdibujo. Pero entre esas rosas que nos ha prodigado, hay una que vale la pena recordar, porque con su carácter de esperanza, subraya bellamente la segunda dimensión que he señalado; heía aquí: Una de las preguntas naturales que se hicieron a Kelsen desde el primer momento, era si leía y comprendía el castellano, con objeto de apreciar la amplitud de sus lecturas ecológicas. La respuesta de los primeros días fué invariablemente que, dado el interés que tenía por la Teoría Ecológica, lamentaba mucho no conocer nuestro idioma, pero que ya estaba muy viejo para ponerse en

la pesada tarea de comenzar a aprenderlo. Al promediar el mes de agosto, sin embargo, ante el giro, rico en incitaciones, que tomaban las pláticas cotidianas, expresó espontáneamente más de una vez que, hoy por hoy, para sus profundos intereses de investigador, el español era el idioma más importante, porque era en español que se estaban escribiendo las cosas más decisivas para la Teoría jurídica general; y que él iba a tener que afrontar la tarea de poderlo leer. Y el día de la despedida en el Decanato de la Facultad, volviendo sobre lo que ya se presentaba como una decisión firme, me dirigió estas amistosas palabras: —Lo invito a que el año próximo me visite en Berkeley; y si lo hace, verá usted que conversaremos de la Teoría Ecológica, pero en español.

III. — LAS CONCORDANCIAS DE PENSAMIENTO

Las dos dimensiones que se acaban de señalar —la peripecia corrida por los textos originales y la intención determinante de dialogar con la Teoría Ecológica—, nos ubican, como las dos coordenadas de un problema geométrico, en el ámbito espiritual de la visita de Kelsen para poder captar adecuadamente el sentido de lo que en concreto ocurrió. Pero es claro que sin alguna referencia a esto que ocurrió, aquellas coordenadas tendrían apenas un mero valor anecdótico.

Y bien, ¿qué ocurrió? ¿Qué ideas se trajeron a cuento, cuál fué su suerte y qué posiciones y problemas definieron?

Como es de suponer, hubieron cuestiones en que el pensamiento de Kelsen concordó con el pensamiento ecológico fuertemente y otras en que, no menos fuertemente, discrepó. Pero al hacer el balance de su visita no le es posible al hombre equilibrado, sin desfigurar el conjunto, olvidarse de las primeras, salvo que se ponga en la actitud de quien cree que sobra uno de los ojos de la cara y que al tuerto nada le falta. Por eso me voy a referir primeramente a dos concordancias de su pensamiento con el pensamiento ecológico, que el Maestro subrayó enfáticamente. Este primer lugar que concedo a las concordancias, no significa que ellas sean menos importantes o menos interesantes que las discrepancias, pues son decisivas y fundamentales; se sigue este orden de exposición solamente porque es más fácil y sencillo saldar las

cuentas de un balance en algo en que las partes sustentan la misma opinión.

1º) Kelsen declaró su total adhesión al planteamiento ecológico que concierne al principio "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido"; añadiendo que este principio, usado empíricamente u olvidado por la teoría jurídica, y así con ella por el propio Kelsen, había logrado por primera vez la exposición correcta de su alcance y fundamento con las investigaciones ecológicas.

Pero es claro que esta concordancia tan rotunda no aquietta a la Teoría Ecológica, porque en la vida del espíritu todo es, siempre, un punto de partida. La Teoría Ecológica todavía espera ver cómo desenvuelve Kelsen su actual idea de este principio jurídico cardinal y, sobre todo, cómo elude la contradicción en que lo coloca respecto de una de las cuestiones discrepantes de que hablaré más adelante.

Porque la Teoría Ecológica, en página perfectamente conocida por Kelsen, apoya este principio o axioma verdaderamente ontológico del Derecho, directamente en la libertad del ser humano, describiéndolo como un juicio *intético a-priori* en el sentido de la Estética trascendental de Kant. *A-priori*, porque es eidético para la libertad constitutiva de la experiencia jurídica al basarse en su intuición esencial, resultando de ello que la libertad lo impone, queramos o no queramos, como la única manera posible de referirnos jurídicamente en la experiencia a la libertad misma. Y *intético*, porque además de la correlación lógicamente convertible entre los términos recíprocos "prohibido" y "permitido", el axioma enuncia la libertad como *prius*. Por eso no es lo mismo decir "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido", que decir "todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido"; en lo primero, la libertad constitutiva del ser humano es el punto de partida; lo segundo es radical y necesariamente falso, con una falsedad de tal naturaleza que hace imposible tomar contacto con la experiencia jurídica (2).

2º) No menos categórico fué el pronunciamiento de Kelsen acerca del carácter lógico-formal del nexo imputativo o cópula del deber ser. En la cuarta conferencia se lo oyó decir que, *en este sentido* (y sin perjuicio de otras cosas que la Teoría pura pudiere ser), la Teoría

(2) Quien no esté familiarizado con este problema, y sus tecnicismos filosóficos, puede verlo expuesto con ejemplos aclaratorios y en forma más ampliamente explicativa, en el artículo que publi-

qué en Rev. LA LEY, t. 52, p. 1075, "¿Cómo ve Kelsen a la Teoría Ecológica del Derecho?", cap. II, 1ª cuestión, que es la página conocida por KELSEN a que me refiero en el texto.



pura del Derecho era Lógica y solamente Lógica (2').

Sin embargo, para hacernos cargo debidamente de lo que esto significa, hay que considerar dos cosas:

a) El valor legítimo y unívoco que adquiere el uso del término "deber ser" en cuanto que mera unión proposicional de dos nombres, con prescindencia de todo contenido axiológico, positivo o negativo, mentado por la expresión. Lo importante es la autonomía intrínseca que tiene este deber ser lógico como simple modo de expresión y que justificará, de por sí, su empleo aquí, allá y más allá. A este aspecto del asunto, Kelsen lo ha denominado siempre "pureza metódica"; y desde ella la Teoría Ecológica ha llevado a cabo sus investigaciones sobre la normatividad. Kelsen mismo, en las conversaciones privadas, ha subrayado este acuerdo fundamental con la Teoría Ecológica recordando con complacencia el prólogo que tiene la traducción argentina de su libro "La Teoría Pura del Derecho". Pero conviene insistir; la pureza metódica no significa el deseo de ser pulcro en la investigación jurídica, ni la conservación de una estricta coherencia respecto de ciertas premisas; la pureza metódica se resuelve en un contenido propio, que es el principio de imputación, con su radical diferencia respecto del principio de causalidad.

b) Pero hay que considerar también, como integrando esta Lógica jurídica formal, porque emergen por derivación directa del principio de imputación en su uso constructivo, tres construcciones kelsenianas de la mayor importancia: la teoría de la norma, la teoría del orde-

namiento y la teoría de los dualismos científicos del pensamiento jurídico. La teoría de la norma en cuanto que la norma es un juicio; no interesa, por ahora, aclarar si es un juicio descriptivo o un juicio prescriptivo, que es una de las discrepancias pendientes a que me referiré más adelante; pero sí, y ello basta, a que de una u otra manera, la norma es un juicio con su peculiar estructura (v. g., categórica, hipotética o disyuntiva) y con su peculiar contextura (conceptos fundamentales integrantes). Como es obvio, la teoría de la norma se encuentra en indisoluble ligamen con el principio de imputación, participando de su trascendencia y destino, por la sencilla razón de que la cópula siempre es cópula en el juicio o proposición, en cuanto que es el elemento funcional del mismo.

De igual manera vemos a continuación la noción kelseniana de ordenamiento jurídico indisolublemente ligada al principio de imputación, porque todo el ordenamiento se disuelve en relaciones normativas que se jerarquizan gracias a la relatividad y reciprocidad de los conceptos "creación" y "aplicación" del Derecho, en cuanto que éstos no denotan dos actividades separadas ni separables, sino una sola actividad.

Y así, por último, vemos los dualismos científicos del pensamiento jurídico (Derecho público y privado, Estado y Derecho, Ordenamiento estatal e internacional), indisolublemente ligados al principio de imputación, en cuanto que las relaciones normativas pierden, en Kelsen, esas calificaciones excluyentes y su oposición polar, para hacerse entre sí relativas dentro de una simple cuestión de grado, por su común participación en una misma idea estruc-

(2') Con extraña dualidad epistemológica KELSEN insiste en que la Teoría Pura es otra cosa además de Lógica. Pero de que la afirma decididamente también como Lógica jurídica formal, no cabe la más mínima duda. Véase el siguiente pasaje, de uno de sus últimos trabajos, posterior ya al conocimiento del pleito que le tiene instaurado sobre el punto la Teoría Ecológica, donde subrayamos pensamientos decisivos por su claridad y donde la comparación final que él hace con la ciencia de la Lógica da la exacta correspondencia que toca a la Teoría Pura: "Es evidente que el pensamiento jurídico difiere del pensamiento sociológico e histórico. La pureza de una teoría del Derecho que tienda a un análisis estructural de los ordenamientos jurídicos positivos consiste en nada más que en eliminar de su esfera problemas que requieren un método diferente del requerido por su propio problema específico. El postulado de pureza es el indispensable requisito para impedir un *sincretismo de métodos*, un postulado que la teoría jurídica tradicional no respeta sufi-

cientemente o no respeta de ninguna manera. La eliminación de un problema de la esfera de la Teoría Pura del Derecho no significa, por cierto, negar la legitimidad de este problema o de la ciencia que con él trate. El Derecho puede ser el objeto de diferentes ciencias; la Teoría Pura del Derecho nunca ha pretendido ser la única ciencia del Derecho posible o legítima. La sociología del Derecho y la historia del Derecho son otras. Ellas, junto con el *análisis estructural del Derecho*, son necesarias para un completo entendimiento del complejo fenómeno del Derecho. Decir que no puede haber una teoría pura del Derecho porque un análisis estructural del Derecho, restringiéndose a su problema específico, no es suficiente para un completo entendimiento del Derecho, significa decir que no puede haber una ciencia de la Lógica porque no es posible un entendimiento completo del fenómeno psíquico de pensar sin una psicología" (KELSEN, "Law State and Justice in the Pure Theory of Law", en "The Yale Law Journal", enero de 1948, p. 383).



tural para cada oposición (v. g.: Derecho y Estado como menor o mayor centralización, pero no como cosas diferentes entre sí).

Así, bajo estos cuatro rubros, a saber: pureza metódica como el plano de la imputación, teoría de la norma como analítica de las partes, teoría del ordenamiento como analítica del todo y teoría de los dualismos científicos como dialéctica del pensamiento jurídico, ha presentado invariablemente la Teoría Ecológica el contenido rico, denso y extenso de la Lógica normativa que está en la obra kelseniana (3); en esa parte de la vasta obra kelseniana a la que sólo corresponde el nombre de Teoría Pura del Derecho, dentro de un sentido científico de los términos que sea estricto y sin concesiones. Contenido doctrinario de cuatro rubros que, por lo demás, corresponde a lo que trata el Maestro en todas sus obras pertinentes y que se encuentra ratificado en el Prefacio de la última de ellas al definir su propósito, la justamente alabada "General Theory of Law and State" (Harvard University Press, 1945), libro citado por primera vez en castellano por los ecológicos argentinos (4) y que, hoy por hoy, representa la última expresión sistemática en la evolución del pensamiento de Kelsen. A fin de que el lector juzgue por sí mismo, seáame permitido transcribir, sin mutilación, el párrafo de referencia: "La materia de una teoría general del Derecho son las normas jurídicas, sus elementos, su interrelación, el ordenamiento jurídico como un todo, su estructura, la relación entre diferentes ordenamientos jurídicos y, finalmente, la unidad del Derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos".

Se ve, pues, que carece de sentido desligar, dentro de la Teoría Pura estrictamente considerada, los tres rubros sistemáticos (teoría de la norma, teoría del ordenamiento y teoría de los dualismos científicos), del rubro preliminar y fundante de la pureza metódica. Así como también que carece de sentido pretender disminuir el alcance de la significación lógico-formal de la pureza metódica, reconocida por Kelsen en su cuarta conferencia, sobre la base del cómputo de páginas, muchas o pocas, que el Maestro le dedica en sus libros a este rubro. Pues aparte que son muchas las páginas que

dedica al principio de imputación (5) —y ya hemos visto que pureza metódica, imputación y valor lógico-formal del deber ser son tres modos de abordar la misma cosa en lo que concierne al conocimiento dogmático del Derecho — aparte de esto, lo decisivo es siempre el significado que tiene esta idea dentro del conjunto de la obra kelseniana. Y acá una simple reflexión nos da la respuesta sin equívocos y con lealtad: ¿Qué es lo revolucionario en Kelsen? ¿Con qué ha trastornado el pensamiento de los juristas? ¿Cuál es su título de creador de una posición doctrinaria dentro de la Ciencia del Derecho? No son, por cierto, sus análisis dogmáticos de la noción de responsabilidad o sanción, ni sus investigaciones sobre La Política aristotélica o la sociología de la causalidad y la retribución, aunque en todo ello brilla siempre primorosamente su talento y su saber en páginas canónicas. Su título exclusivo y definitorio, respecto del cual toda su producción es tributaria, radica en haber descubierto el valor lógico-formal que tiene el deber ser en la proposición jurídica. Y ha sido el propio Kelsen quien primero se ha dado cuenta de esto, como bien lo acredita el título de su primera obra significativa: "Los Problemas capitales de la Teoría del Derecho Político, desplegados por la teoría de la proposición jurídica".

En resumen: la concordancia, acusada expresamente por Kelsen en su cuarta conferencia, entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica, respecto del valor lógico-formal del deber ser, no puede ser ni más categórica ni más importante.

Pero el balance de su visita no puede concluir con las concordancias de pensamiento. Ya es hora de ver las discrepancias; cosa, por cierto, más difícil de clarificar; pues al decir discrepancias tenemos que puntualizar dos cosas: discrepancias sobre qué y discrepancias entre quiénes.

Comenzaremos por lo segundo.

IV. — LOS TRES PROTAGONISTAS Y SUS PROBLEMAS

La tensión espectacular que se ha vivido con la visita de Kelsen, ha tenido tres protagonistas. Para cada uno de ellos, la tensión no tenía

(3) Tal vez por eso ha podido decir JOSEF L. KUNZ, el autorizado internacionalista y discípulo de Kelsen: "ningún filósofo latinoamericano del Derecho ha entendido a Kelsen mejor que Cozzio"; en su estudio publicado en "The University of Chicago Law Review", vol. XII, núm. 2, p. 227, febrero de 1945 y reproducido en J. A., de Buenos Aires.

T. 56. Sec. doctrina

(4) Ver COZZIO, "Norma, Derecho y Filosofía", notas 2 y 8, en Rev. LA LEY, t. 43, año 1946.

(5) Las mismas conferencias de Buenos Aires dan una proporción: la primera y parte de la segunda estuvieron dedicadas al asunto, sobre un total de cuatro conferencias.

la misma significación ni por el contenido del drama, ni por la dirección que al drama imprimía el ámbito espiritual en que cada protagonista se hallaba colocado. O para decirlo con otras palabras: la ecuación personal, de intelecto y mismidad, de cada protagonista, superpone tres perspectivas que hay que diferenciar al unir las en el balance que reclama el espectador, porque cada protagonista arroja en él no sólo su respuesta a las cosas planteadas, sino que también el problema que cada uno tenía.

Esta distinción entre respuesta y problema personal es sutil, pero es importante y hay que tenerla en cuenta. No vaya a creerse que han habido respuestas diferentes desde un problema común. Cada protagonista ha dado su respuesta, pero la ha dado dentro del problema con el que cada cual venía a la liza. Y como este problema personal integra el acontecimiento en cuanto que quedaba puesto en él por la propia actuación del protagonista, se comprende que para diferenciar a los protagonistas debamos aclarar cuál era el problema de cada cual. Son tres los protagonistas y frente a ellos está el espectador reclamando el balance.

El primer protagonista es Kelsen. ¿Qué problema le creaba la situación de su visita, en función del cual habrían de aparecer sus respuestas? Kelsen venía sorprendido por el hecho insólito de que su nombre hubiera alcanzado, en la República Argentina, una difusión en escuela (la escuela egológica), tal como hoy en día él no puede computar en ninguna otra parte del mundo. La visita, pues, le implicaba aclarar el por qué de esta adhesión de escuela. Esclarecer y sopesar este por qué le resultaba imposible a la distancia por su desconocimiento del castellano y por la consiguiente imposibilidad de conocer toda la producción egológica. Kelsen apenas conocía la traducción alemana de "Norma, Derecho y Filosofía", la traducción inglesa de la "Fenomenología de la Sentencia" (que corresponde a las 65 páginas iniciales de las 450 que hacen "La Teoría Egológica del Derecho") y una traducción alemana del artículo "¿Cómo ve Kelsen a la Teoría Egológica del Derecho?", que publiqué en Rev. LA LEY, t. 52, p. 1075. Para aclarar su propia cuestión, aquel por qué para él clave e ineludible, no tenía más recurso que el contacto personal y la vía oral.

Sin embargo el contacto oral le complicaba extraordinariamente la situación, precisamente porque él venía con un conocimiento fragmentario y precario de la Teoría Egológica. Pues al conocer las cosas que no conocía, ¿qué sorpresas habría de recibir? Era de prever que

hubieran muchas sorpresas a estar a la correspondencia cambiada entre Kelsen y Kunz y los diálogos tenidos en Norteamérica con los doctores Nieto Arteta, Gioja y Gerosa.

Si las sorpresas concernían a problemas nuevos que no afectarían una cuestión de fundamentos, la complicación no sería molesta. Pero si, al revés, concernían a la fundamentación de problemas comunes bajo la tacha de que Kelsen hubiera trabajado pretemáticamente sobre ellos, entonces las sorpresas se le harían fastidiosas por esta razón: Rechazar la nueva fundamentación ¿no era rechazarse a sí mismo en cuanto que rechazaría la adhesión prestada por la nueva escuela en mérito del valor que le asignaba aquella fundamentación? Y aceptar la nueva fundamentación ¿no era acaso renunciar a la intención integral de la Teoría Pura?

La verdad es que el problema central de Kelsen, a saber: aclarar el por qué de la adhesión de escuela con que la Teoría Egológica había luchado por su nombre, se le complicó de las dos maneras a medida que se desarrollaba su actuación en Buenos Aires. A ambas he de referirme más adelante; pero aquí he de señalar cómo concluyó por planteárselo a Kelsen su propio problema en razón de aquellas novedades que concernían a los fundamentos. Kelsen ha recorrido su larga carrera de publicista, en un son polémico ardoroso y tremendo que es de todos conocidos. Sin embargo, es de notar que siempre, hasta hoy, Kelsen ha estado en la polémica como *atacante*; Kelsen aparecía como el filósofo frente al desamparo antifilosófico de sus adversarios; Kelsen era quien hurgabá en los fundamentos dogmáticos y pretemáticos de sus contrincantes y no a la inversa; Kelsen era el crítico reflexivo, que sabía de método y epistemología, frente al realismo ingenuo plural que él desenmascaraba y hacía envejecer con sus infalibles piedras de toque. Si se trataba del jusnaturalismo, la filosofía de Kelsen aparecía como la concorde con la ciencia y a la altura del adelanto de los tiempos. Si se trataba del historicismo o del sociologismo, la teoría kelseniana aparecía como la que no incurría en groseras confusiones de fundamento. Si se trataba del ideologismo, la teoría kelseniana aparecía como la ciencia pura frente al circunstancial interés político. Si se trataba del ficcionalismo, Kelsen aparecía con los pies en la tierra, liberado de toda hipótesis imaginativa. Si se trataba del casuismo, la teoría kelseniana aparecía como el resorte que permite ir más allá de la circunstancia, hasta el fondo de las cosas, precisamente porque teorizaba con principios fundamentados. Si se trataba del forma-



lismo, Kelsen aparecía como quien sabía defenderlo de verdad, con su excesivo (!) formalismo, frente a un incoherente formalismo a medias que se atascaba con la realidad.

Pero en el drama de Buenos Aires, el papel polémico habitual de Kelsen quedó invertido: por primera vez Kelsen ha estado en una polémica a la defensiva. Aquí Kelsen ha aparecido como el antifilosófico; como el ciego para los puntos de vista vigentes en los actuales tiempos filosóficos y a cuyo contacto se desenmascaraba en retraso la marchita lozanía de su horizonte intelectual del mundo jurídico. Ahora fué Kelsen quien se vió hurgado en los fundamentos con el título neutral que dan los datos y que, con el nombre de cultura, axiología, vida o existencia plenaria, le reclama que ajuste el Derecho a la experiencia, ya que el hombre de carne y hueso no encuentra cabida en la disyunción, exhaustiva para Kelsen y configuradora de sus ideas, entre norma y Naturaleza.

Bajo esta situación final de su propio problema, tenía Kelsen que ir dando sus respuestas a los temas concretos; respuestas concretas que, de una u otra manera, arriesgaban la aceptación o el rechazo, por parte de Kelsen, de la adhesión a él profesada por la Teoría Ecológica. ¿Iba Kelsen a aceptar la imagen ecológica de Kelsen? ¿O iba Kelsen a aceptar la imagen kelseniana de Kelsen? A primera vista, a la luz del juicio ingenuo del sentimiento, parece insostenible la carta ecológica en esta alternativa, pues por mucha simpatía que Kelsen tuviera por los filósofos ecológicos, el amor a sí mismo sería mayor en cuanto que acá significaba defender la propia subjetividad. Pero la solución de la alternativa no era tan sencilla porque Kelsen es un auténtico científico y en el juicio científico cuentan otras cosas que el sentimiento. El rechazo de la imagen ecológica de Kelsen por parte de Kelsen, contaba de entrada a su favor con el factor subjetivo de toda verdad, en cuanto que la expresión de la verdad requiere inalienablemente una convicción personal intuitiva. Pero la verdad supone también un factor intersubjetivo. Y el rechazo de la imagen kelseniana de Kelsen por parte de Kelsen computaba, en cambio, de entrada a su favor este factor intersubjetivo de naturaleza conceptual, de la verdad. Tal venía a ser el problema. Y si, como se verá más adelante, resultara que la imagen kelseniana de la Teoría Pura, es pretemática acerca de la Ontología, entonces la alternativa adquiriría otro contorno.

Veamos ahora el problema del segundo protagonista. Este segundo protagonista es la Teo-

ría Ecológica. Su problema sería muy sencillo de deslindar si no mediara la confusión, entre quienes se informan de oídas, de que la Teoría Ecológica y la Teoría Pura son, poco más o menos, la misma cosa; la primera algo así como un rebrote y desarrollo no autónomo de la segunda. Pero no hay tal. Pues la Teoría Ecológica siempre ha restringido la estricta Teoría Pura a un valor de Lógica jurídica formal. La Teoría Ecológica se despliega en cinco grandes problemas: Ontología jurídica, Lógica jurídica formal, Lógica jurídica trascendental, Axiología jurídica pura y Gnoseología del error. Haciendo proporciones, la Teoría Pura sólo alcanza al 20 o/o de su temática integral. A la Teoría Ecológica le interesa aclarar que la Teoría pura vale en el ámbito formal del pensamiento lógico-jurídico y por qué vale en este ámbito, pero no más allá. En tal sentido podía, por injustificada, toda otra pretensión de la Teoría Pura. Y al aceptarla en tal sentido, la acepta absorbiéndola en cuanto que con ella integra sistemáticamente el propio desarrollo temático total de la ecología jurídica. Y la posibilidad de esta absorción no es cuestionable, porque está verificada en los hechos: jamás ninguna de las numerosísimas investigaciones ecológicas, de filosofía o de ciencia dogmática, se ha visto trabada o llevada a incongruencia por este uso lógico-formal de la Teoría Pura que todas han utilizado.

No hay que engañarse, pues, acerca de cual era el problema, claro y único, de la Teoría Ecológica en su papel de segundo protagonista en la visita de Kelsen a la Argentina, a saber: la absorción de la Teoría Pura en carácter de Lógica jurídica formal si la Teoría Pura *stricto sensu* era Lógica. La Teoría Ecológica esperaba este reconocimiento por parte de Kelsen; y nada más. Reconocimiento de que la Teoría Pura *stricto sensu* era Lógica, como proposición fundante, viniera o no viniera expresamente el reconocimiento de la absorción, que de ello se deriva. Y tal reconocimiento, como ya se ha visto, vino en forma categórica a pesar de las modalidades con que se presentó; con lo cual el problema de la visita de Kelsen, para la Teoría Ecológica quedaba cerrado y saldado, aunque no quedaran ni cerrados ni saldados los problemas de los otros dos protagonistas.

Cualquiera otra concordancia de pensamiento que expresara Kelsen no hacía al problema que con él tenía la Teoría Ecológica, ni era nada de lo que de él esperaba la Teoría Ecológica. Una cosa es cómo ve Kelsen a la Teoría Ecológica, que era el problema del tercer protagonista; y

otra muy diferente es, al revés, cómo ve la Teoría Ecológica a Kelsen, que era el problema ecológico y sobre cuya visión, en cuanto que adecuada o inadecuada, la Teoría Ecológica esperaba una respuesta de Kelsen con explicable interés científico, por lo que pudiera servir o no para revisar o confirmar la propia tesis según en qué esa respuesta se fundara. Pero fuera de esto, cualquier otra concordancia de pensamiento que expresara Kelsen, caía más allá de lo que esperaba la Teoría Ecológica y sólo podía significar una ventura por añadidura. Tal así la adhesión kelseniana al axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, nada quita ni pone al problema que la Teoría Ecológica tiene con Kelsen, por mucho que nos satisfaga esta valiosa concordancia. Podría el Maestro haber seguido creyendo, como antaño, que hay actos de conducta extrajurídicos (los derechos de libertad) (6), pasando por alto la incongruencia de esta idea con su tesis de que no hay lagunas en el Derecho, que el problema de la Teoría Ecológica hacia él, lo que de él esperábamos, subsistiría en los mismos términos actuales.

Y esto se comprende porque el interés del problema ecológico acerca de la Teoría Pura está situado en otro punto, como se ha explicado. La Teoría Ecológica como tal podía y debía esperar algo de la visita de Kelsen, respecto de cuestiones en que Kelsen y la Teoría Ecológica hubieran dicho algo común; esto definía una posición entre ambos y suponía una tematización de fundamentos por cada parte que urgía esclarecer para las perspectivas de un saber acumulativo; tal es lo que ocurre con el valor lógico-formal del deber ser en la proposición jurídica y por eso esto era el problema kelseniano de la Teoría Ecológica.

Pero la Teoría Ecológica como tal nada tenía que esperar de la visita de Kelsen, respecto de cuestiones en que la Teoría Ecológica algo hubiera dicho y Kelsen nada; así no se define ninguna posición común y sólo queda en exhibición una falta de tematización por parte de quien nada tiene dicho; por eso ahí no puede estar el problema con Kelsen para la Teoría Ecológica. Tal era el caso respecto del axioma ontológico, aunque hoy estemos en concordancia. Tal es también el caso respecto de las discrepancias pendientes, que veremos más adelante, porque todas ellas están sometidas a la

crítica que la Teoría Ecológica hace de la Teoría Pura para poderla de sus pretensiones premáticas injustificadas.

¿O es que ha de decirse que esta crítica ecológica a la Teoría Pura, en la amplitud de sus pretensiones, es cosa que ha estado oculta y que hoy aflora en gesto advenedizo y antojadizo a un tiempo? De ninguna manera; la ha visto siempre quien ha sabido verla; nadie la ha subrayado con mayor autoridad y elegancia que un ilustre príncipe de la filosofía portuguesa, cuya es esta frase: "Donde la superación de Kelsen surge con mayor evidencia, es allí donde la teoría ecológica substituye el normativismo por el conductivismo... La teoría ecológica es, de por sí misma, una de las críticas más eficaces que, desde un punto de vista no polémico, se ha efectuado a Kelsen" (7).

Nada mejor que esta crítica ecológica a las pretensiones de la Teoría Pura, para comprobar que hemos diseñado con pulcritud el problema del segundo protagonista de la visita de Kelsen. Ahora podemos comprender muy bien que no pertenecen a este problema, cuestiones como la siguiente: La Teoría Ecológica afirma que el Derecho como objeto es conducta y Kelsen nunca ha aceptado del todo esta tesis, cuando no la ha negado rotundamente; he aquí el balance que se esperaba del cotejo entre la Teoría Ecológica y la Teoría Pura.

Pero ¿es que el cotejo no lo podía hacer cada cual sin necesidad de que viniera Kelsen como un arcángel salvador? ¿Es que se puede suponer que la Teoría Ecológica no supiera que aquella afirmación era la definitiva de su privativa posición doctrinaria? ¿Es que si aquella afirmación perteneciera a la Teoría Pura, podrían ser cosas diferentes la Teoría Pura y la Teoría Ecológica? ¿Es que representa un problema o una incógnita cotejar cosas que se sabe que son diferentes? ¿O es que no se advierte la confusión interna que va adjunta a cuestiones como la señalada y que estas interrogaciones tienen la virtud de puntualizar?

Sin embargo tales cuestiones se formularon a granel, pero ¿por quién? Ya se colige: por el tercer protagonista.

Tercer protagonista podía ser cualquiera de los espectadores que abandonara su neutralidad de espectador y, esperando también algo, tomara cierta actitud que vamos a definir. Por de pronto lo fueron muchos ecológicos y lo fue-

(6) Ver KELSEN, "Teoría general del Estado", p. 202, Barcelona, 1934, Ed. Labor.

(7) ANTONIO JOSE BRANDAO, estudio crítico publicado en el "Boletim da Faculdade de Direito

da Universidade de Coimbra", fasc. II, vol. XXII, p. 529, año 1946, y también en Rev. LA LEY, t. 48, p. 1067.

ron todos los anti-egológicos. A los egológicos los movería la explicable vivencia de su verdad; a los anti-egológicos el no menos explicable sentimiento de inferioridad que están viviendo con ansias de desquite; a los demás, acaso una tornasolada emoción de nacionalidad. No importa; para lo que quiero decir es lo mismo. Parece vago y literario este planteamiento, pero ya se verá que no lo es cuando, con nitidez total, definamos al tercer protagonista por su propio problema.

He aquí tres cosas diversas:

- 1) La imagen que Kelsen tiene de la Teoría Pura.
- 2) La imagen que la Teoría Egológica tiene de la Teoría Pura.
- 3) La imagen que Kelsen tiene de la Teoría Egológica.

El problema de Kelsen, según vimos, se constituyó, ganando en dimensiones como las ondas concéntricas que produce un proyectil en un estanque, a partir de la imagen kelseniana de la Teoría Pura. El problema de la Teoría Egológica estaba constituido a partir de la imagen egológica de la Teoría Pura. Pero ¿qué imagen podía tener Kelsen acerca de la Teoría Egológica? Esto vino a constituir el núcleo del problema del tercer protagonista. De ahí es que el tercer protagonista también tuviera que esperar algo de la visita de Kelsen: Si se movía con simpatía egológica, entonces, además de la absorción de la Teoría Pura por la Teoría Egológica, habría de esperar la conversión de Kelsen a la egología. En cambio, si se movía con antipatía egológica, habría de esperar la fulminación o el aplastamiento de la Teoría Egológica por parte del Maestro.

Que aquel tercer protagonista desplazaba así el problema que la Teoría Egológica tenía en trámite con Kelsen, ya lo hemos visto. Que su esperanza de una conversión de Kelsen a una egología fragmentariamente conocida, denotaba un exceso de juvenil optimismo y un desconocimiento de cómo configura nuestra alma nuestra propia vida pasada, parece cosa evidente. Pero más evidente todavía es que la esperanza del otro tercer protagonista carecía de todo asidero porque el criterio de autoridad nada puede decidir acerca de la verdad. Sólo la investigación metódica rigurosa es argumento en este punto; y esto, de modo inexcusable.

Sin embargo, ha de reconocerse que, desde el punto de vista de nuestra plena personalidad de estudiosos, tal como ella toma sentido de su auténtico destino, los problemas del tercer protagonista eran los fundamentales. Y como estos problemas han cuajado en discrepancias y cues-

iones pendientes, corresponde ahora exponerlos para que cada cual haga el balance que anda buscando, por sí mismo.

V. - LAS DISCREPANCIAS PENDIENTES

El ámbito del diálogo que Kelsen nos venía a ofrecer, fué dibujado anticipadamente por mí en el artículo que publiqué en *Rev. LA LEY*, t. 52, p. 1075, a que ya he hecho referencia, sobre la base de tres puntos como orden del día: El primero concernía al axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido. El segundo concernía al valor de Lógica jurídica formal que tiene la Teoría Pura *stricto sensu*. El tercero incumbe a la conducta como ontología jurídica y a las diferentes pretensiones ontológicas que da por resueltas la Teoría Pura del Derecho en sentido amplio.

El primero y el segundo de estos problemas han perdido su tensión en este episodio, desde que, con las respuestas de Kelsen sobre los mismos, aparecen hoy como concordancias de pensamiento. En cambio, el tercero aumentó en volumen y tensión a medida que las conferencias de la Facultad y las pláticas privadas nos aproximaban a su cima. Hoy, a varias semanas de distancia, parece conveniente descomponerlo en tres o cuatro tópicos para que se pueda ver lo que el tercer protagonista desea ver.

a) La intuición del derecho

Las tesis: La Teoría Egológica sostiene que para tomar contacto con el Derecho y posesionárselo en cuanto objeto, basta una aprehensión intuitiva; que para ello no es necesario recurrir a ninguna norma ni dar ninguna intervención a lo normativo. El problema consiste en distinguir lo jurídico de lo a-jurídico (no de lo anti-jurídico en el sentido de la ilicitud legal), delimitando el ámbito total del Derecho dentro del cual encontrarán su lugar todas y cada una de las configuraciones jurídicas, desde las facultades y prestaciones hasta los delitos y sanciones. El número 4, una piedra, un pájaro, una emoción, una estatua, una balada, un acto caritativo, una plegaria son todas cosas a-jurídicas; en cambio un arriendo o un robo son cosas jurídicas por igual, a pesar de sus opuestos signos de lícito e ilícito, en cuanto que en ambas está en ellas el Derecho de cuerpo presente; ellas, por eso, interesan directamente al Derecho. Así, pues, para la Teoría Egológica, el deslinde de este ámbito total del Derecho reclama necesariamente la intuición de lo jurídico y se basa en esta intuición.



Para Kelsen, en cambio, sin la norma no podemos encontrar al Derecho porque el Derecho, en tanto que objeto, se constituye con la norma en cuanto que ésta pone en los sucesos naturales las referencias que se van a llamar jurídicas, en oposición a las referencias a-jurídicas que puedan provenir de cualquier otra fuente.

Desarrollo de la tesis egológica: La Teoría Egológica parte de una fenomenología existencial de la cultura. Hube de exponerle a Kelsen estas ideas la tarde del 12 de agosto, tomando el té a solas en el City Hotel, y luego, a su especial pedido, en el Plaza Hotel, la tarde del 14 de agosto, en cinco horas de plática que dedicamos exclusivamente a este objeto.

Cultura es todo lo que hace el hombre actuando según valoraciones; no sólo los productos que el hombre deja fabricados, como una silla o un soneto, sino que también, con frase de Romero, la actividad misma del hombre en cuanto no es puramente animal, como el martillar del carpintero, el nadar, el acto de caridad o la apropiación de bienes ajenos. Esta dualidad se unifica como vida humana plenaria en oposición a la vida biológica, no bien proyectemos el problema de la cultura en el plano existencial: haciendo una fenomenología existencial de la cultura, cultura, comprendiendo sus dos mitades, es sinónimo de vida humana plenaria. Así, el sentido que tenga una estatua, que es el ser de ella, es tan del hombre plenario como el que tenga un robo o la guardia de un boxeador. Por lo demás, la vida humana plenaria será llamada vida biográfica, vida histórica, vida social, vida artística, vida jurídica, vida religiosa, e incluso estilo romántico, estilo dórico, etc., según el acento que se quiera destacar con estas formas elípticas del decir.

Vida plenaria, pues, en oposición a vida biológica. Y vida plenaria, por lo tanto, como cultura; comprendiendo en su íntima unificación los dos aspectos de la cultura, el que como vida plenaria objetivada consta de los productos del hacer humano que quedan subsistiendo con autonomía óptica respecto de su hacedor (objetos mundanales); y el que como vida plenaria viviente consta de los quehaceres actualizados inseparables ópticamente de su hacedor (objetos egológicos). Es claro que, una vez colocados en uno u otro ámbito, la elipsis gramatical nos autoriza a hablar simplemente de vida plenaria en ambas hipótesis, de la misma manera que no acarrea confusión si decimos simplemente vida objetivada y vida viviente (8). Por lo demás, cualquier modo de la vida plenaria es susceptible de las dos tónicas heideggerianas, la de la vida auténtica y la de la vida decaída. Es una injustificada estrechez filosófica querer ver al Derecho únicamente como vida plenaria decaída y querer constreñir a la Teoría Egológica a que así lo vea; esto haría imposible toda metafísica de la justicia. Es claro que la autenticidad de la justicia no nos descubre la misma cosa que la autenticidad de la angustia religiosa; pero una cosa es el juez que, por haraganería, falla a la ligera un caso ateniéndose a lo que ya se ha fallado en otros más o menos parecidos (este juez sería uno entre tantos), y otra muy diferente es el juez que por fallar a sabiendas, contrariando las instrucciones de un déspota, pierde su cargo y queda en la miseria (9). Este juez es un *temerario*, no uno entre tantos; pero como dice Heidegger, "esto se produce sólo cuando *hay algo a que ofrecer la vida con objeto de asegurar a la existencia la suprema grandeza*".

La fenomenología existencial de la cultura nos lleva firmemente a comprender que, si bien

(8) La multiplicidad de nombres con que un filósofo expresa su tema, cuando hay entre ellos una íntima unidad, lejos de ser un reproche que se le puede hacer, es una fortuna porque con unos destaca aspectos que los otros no destacan y viceversa. A Bergson se le reprochó la variedad de cosas a que aludía con su intuición; pero su respuesta fué ejemplar: "Qué no se nos pida, pues, de la intuición, una definición simple y geométrica. Sería muy fácil mostrar que tomamos la palabra en acepciones que no se deducen matemáticamente las unas de las otras... De lo que no es reconstituible por medio de componentes conocidos, de la cosa que no ha sido recortada en el todo de la realidad por el entendimiento, ni por el sentido común, ni por el lenguaje, no se puede dar una idea más que tomando sobre ella perspectivas múltiples, complementarias y no equivalentes... Hay

sin embargo un sentido fundamental: pensar intuitivamente es pensar en duración" ("La Pensée et le Mouvant", ps. 37 y 38, París, 1934, Ed. Alcan). Pero que no nos perturbe la cita porque nosotros hablamos de la intuición jurídica en un sentido preciso que se verá más adelante.

(9) Larga explicación recibe siempre este tópico en mi cátedra universitaria; pero está esbozado en mi trabajo "La sentencia criminal y la teoría jurídica", publicado en Rev. LA LEY, t. 20, sec. doct., p. 157 y en los Anales de la Facultad de Derecho de La Plata, t. 13, año 1942. Ver también HEIDEGGER, "¿Qué es Metafísica?", p. 31 (México, 1941, Ed. Séneca), para la posibilidad de otras revelaciones del ente en total diversas de aquella de la angustia. Lo que luego se transcribe es de la p. 47 de esta obra.



la vida biológica es Naturaleza, el hombre no es Naturaleza porque es vida plenaria. Como Naturaleza el hombre es vida biológica, pero como hombre de verdad es otra cosa mucho más radical y primaria. Es un puro prejuicio de una filosofía superada creer que realidad y Naturaleza son términos sinónimos o que lo único realmente real sea la Naturaleza, porque no se puede dudar de la realidad de un automóvil, de una estatua, de una balada, de una condena condicional, de un crédito, nada de lo cual es Naturaleza. Sólo los objetos ideales en su intemporalidad, como las esencias, los números, los conceptos o significaciones como tales, son irreales; para ellos su peculiar existencia se agota en su esencia.

A su vez, para comprender la peculiar realidad de los objetos culturales, que incuestionablemente son realmente reales, hay que advertir que, por estructura esencial, consisten de un substrato perceptible y de un sentido espiritual indisolublemente compenetrados en una unidad dialéctica, es decir, que comprendemos el substrato por su sentido y comprendemos el sentido en su substrato: se pasa por interpretación desde la exteriorización perceptible del substrato al sentido inmanente que lo vivifica con vida plenaria. Esto justifica la frase de Dilthey: "Explicamos la Naturaleza, comprendemos la Cultura". Esto lo experimentamos todos los días cuando a un mojon no lo llamamos piedra, cuando a un riel no lo llamamos hierro, cuando a una sonata no la llamamos sonido, cuando a un hombre aprisionado no lo determinamos por el lugar que ocupa en el espacio de acuerdo a un sistema de coordenadas geométricas. Pero hay que insistir: el sentido de un objeto cultural no es el efecto psicológico que causalmente nos producen esos fragmentos de la Naturaleza que son su substrato —aunque eso también le toque ser—; substrato y sentido están en una relación de compenetración que se capta en ese acto gnoseológico primario que es la comprensión. Por eso la Teoría Ecológica no dice que los objetos culturales tienen un sentido, cual si existieran objetos naturales a los que les llega desde afuera el añadido de un sentido sustantivo que no sé que podría ser independientemente. La Teoría Ecológica dice que los objetos culturales son sendos sentidos; su ser es ser un sentido, es decir, su ser consiste en existir: se trata de sentidos existentes y existentes cual es la entidad de la vida plenaria en general.

Ahora bien, la Teoría Ecológica no duda que el Derecho es cultura, que es algo que el hom-

bre hace actuando según valoraciones; por lo tanto no duda de la realidad del Derecho. Por eso ha dicho siempre que la Ciencia Dogmática es una ciencia de realidades. Pero ¿en cuál de las dos mitades de la cultura en tanto que ésta es vida plenaria, está el Derecho? Esas dos mitades, la de la vida objetivada y la de la vida viviente, han sido deslindadas por la Teoría Ecológica en atención al substrato perceptible del objeto cultural: en aquel caso el substrato es una porción de Naturaleza (objetos mundanales); en este caso el substrato es la propia vida del hombre plenario y no ya su mero organismo biológico, destacando con esto que en el substrato está el inseparable ego actuante de toda acción humana; de ahí la denominación epónima; de ahí que el objeto ecológico sea un sinónimo de la conducta como conducta hecha objeto de conocimiento. La pregunta formulada tiene ahora fácil respuesta: El Derecho no es vida humana objetivada porque puestos a señalar su substrato perceptible, no lo encontraremos en ninguna porción de la Naturaleza. El Derecho es conducta, vida humana viviente, objeto ecológico.

Sin embargo hay una estrechez de apreciación circulante, en conexión con esto, que nos obliga a insistir en el punto. La caótica heterogeneidad de las doctrinas sobre el ser del Derecho, lo ha señalado en cosas tan dispares, que no era posible, a la Teoría Ecológica, tomar partido precipitadamente. Para orientar su pesquisa inicial, la Teoría Ecológica tomó como punto de partida el acto jurisdiccional, pues entre los infinitos hechos del mundo, si hay alguno que impone por antonomasia su calidad jurídica, es la decisión judicial. En esto están de acuerdo las doctrinas más heterogéneas con privilegiada unanimidad. El caso conviene igual al derecho moderno que al derecho primitivo, el que, por cierto, no carece de órganos jurisdiccionales aunque éstos no sean jueces profesionales como en la vida civilizada. La Teoría Ecológica, lanzada a la búsqueda de un hecho jurídico indubitable, se sintió en la más firme posición al detenerse en la sentencia judicial. Por eso es que, metódicamente, procedió comenzando con una fenomenología de la sentencia. No es que, para el caso, no hubiera podido servir lo mismo cualquier otro fenómeno de conducta, pues precisamente lo contrario hace ver la Teoría Ecológica. Ni es que ésta crea que la Filosofía del Derecho se limita a la interpretación judicial, aunque, sí, allí confluyan con peculiar dramatismo todos los problemas jusfilosóficos. Ha elegido ese punto de partida sólo para evitar una discusión superfetada.



Sobre estas bases, el diálogo con Kelsen llegó a su punto crucial de esta manera: Se trataba, ya, de ver cómo la intuición jurídica deslindaba, por sí sola, el ámbito total del Derecho y cuál era esta intuición definitoria. Mi exposición rezó así:

Tomemos a consideración, desnudamente como dato, un acto de conducta cualquiera; por ejemplo, yo tomo un libro y lo traslado de un punto a otro de esta mesa. Lo que nos está dado como dato, es decir, lo que escuetamente hay, es la transportación del libro de un lado a otro, que acabo de hacer. Ahora bien, como una primera aprehensión intuitiva del dato, puedo limitarme a considerar la transportación del libro en el mero y simple hacer mío que ella es: considerar el hacer en sí mismo en cuanto es transportación, y nada más. Sobre esta base, al concebir lo dado, puedo obtener únicamente un conocimiento físico integrante de la Naturaleza, ya como narración del movimiento, ya como explicación. Mi acción, así considerada, es Naturaleza tanto como el vuelo de un pájaro o la traslación terrestre.

Pero hay otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo. Considero ahora la transportación del libro no en mi bruto y mero hacer, sino en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado con lo que omito. El hacer y el omitir concomitante aparecen ahora a la vista en cuanto que dados en el dato; mi hacer —y la transportación del libro como hacer— es ahora un poder hacer con su irrenunciable e inmanente referencia a un ego, es decir, es libertad en presencia. Y bien se advierte la imposibilidad de ver a mi hacer como libertad, considerando solamente el hacer y prescindiendo de las omisiones concomitantes que integran el poder hacer. Esta es la consideración de la conducta en su interferencia subjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento moral cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente. Como se comprende, la Naturaleza, ni lo que hay de Naturaleza en el hombre, no admite esta consideración.

Pero cabe todavía otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo, también en cuanto es libertad. Como la existencia humana es coexistencial, considero ahora la transportación del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide. El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen a la vista, ahora también, en cuanto que dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y la transportación del libro

como hacer— ya no es visto como un hacer sólo mío aunque sea yo quien transporta el libro, sino que es visto como un hacer compartido, es decir, como un hacer nuestro único, porque si bien yo transporto el libro, el otro permite que lo transporte (lo mismo valdría si lo impidiera), todo lo cual está dado en el dato. Esta es la consideración de la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente. Así queda deslindado intuitivamente el ámbito total del Derecho sin haber recurrido a ninguna norma. Pero dos reflexiones más han de agregarse.

Primera reflexión: Acabo de referirme a la intuición ónticamente definitoria del Derecho como objeto de un conocimiento; es su visión óntica con intuición sensible; podríamos trasponerla en visión ontológica con intuición emocional y hablar de los valores jurídicos, pero esto no es necesario a los fines de este balance. Ha de notarse, sin embargo, que en ella he hablado de "intersubjetividad" e importa no confundir la significación precisa de este vocablo fundamental, ya que tiene un uso plural.

Se habla de la intersubjetividad trascendental del conocimiento para referirse a su objetividad, en cuanto que algo es como es para un yo y también para los otros yo; pero esto no es nuestro asunto. Se habla también, con la larga tradición greco-escolástica, de intersubjetividad como relación de alteridad, contemplando el problema del destinatario o beneficiario de una acción humana cuando este destinatario es otra persona que el sujeto actuante; y así se encuadra el ámbito de los deberes para con los demás, diferente de los ámbitos de los deberes para con uno mismo y para con Dios, donde el Derecho figuraría a la par de la caridad, de la amistad, etc. Pero ésta no es la intersubjetividad o alteridad jurídica que utiliza la Teoría Ecológica, porque aquélla computa la situación de dos personas a las que les sobreviene la relación extrínseca de agente y destinatario, que vincula, sí, a ambas personas, pero dejando independientes los comportamientos de cada una, los cuales no son contemplados en relación ni puestos en unidad. En cambio la intersubjetividad que define la Teoría Ecológica como auténtica alteridad jurídica, se refiere a la intersubjetividad del comportamiento mismo según la cual éste resulta un hacer compartido, es decir, donde el acto de alguien, en cuanto está o impedido o permitido por otro, resulta ser un acto conjunto de ambos. Así, la caridad carece de intersubjetividad jurídica porque al ha-

cer del sujeto caritativo lo comprendemos íntegramente como tal, considerando únicamente su acción coordinada a sus omisiones concomitantes, con entera prescindencia de la actitud que tome el sujeto destinatario de la limosna; actitud de este último, independiente de la de aquél, que no se unifica con la de aquél y por cuya razón la acción caritativa no puede ser vista como una acción conjunta de ambos. En cambio, no bien apuntáramos al derecho de hacer caridad que tiene el sujeto caritativo, veríamos que esto significa que no puede ser impedido por el sujeto destinatario ni por ningún otro, resultando que la acción que tiene lugar, es de él, que la hace, y al propio tiempo también de los otros, en cuanto no la impiden. Y el hecho ocurrente de conducta se presentaría, lo mismo, como acción conjunta o comportamiento compartido, en el caso contrario de que fuera impedido, porque la intersubjetividad a que alude la Teoría Ecológica para definir ónticamente el Derecho, no se refiere exclusivamente al impedir, sino al impedir y al permitir a la vez; es decir, a la acción humana desde el punto de vista de su impedibilidad.

Segunda reflexión: Con esta intuición queda deslindado el ámbito total de lo jurídico y determinado el objeto específico de la ciencia jurídica. Es verdad que con esta sola intuición no puedo saber si el acto de conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción; y que para saberlo necesito de la norma. Es verdad también que el Derecho, en la experiencia, no puede aparecer nunca a secas, determinado como Derecho y nada más, sino que aparece de alguna de aquellas cuatro maneras; de modo que aparece siempre en alguna forma como norma, ya que sin la norma no podríamos lograr ninguna de estas cuatro determinaciones. Pero esto no autoriza a creer que se hace inútil lo dado por la intuición jurídica, porque, al revés, la norma tiene que actuar sobre una intuición adecuada. La norma no aparece como el elemento fundante, según cree Kelsen, sino como un elemento fundado, pues si bien sin la norma no puedo saber si este acto es prestación y no entuerto o facultad o sanción, en cambio se muy bien sin ella que, en cuanto conducta en interferencia intersubjetiva, alguna de esas cuatro cosas tiene que ser por mucho que no pueda determinar cual. O para decirlo más brevemente, por remisión al axioma de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido: me basta la conducta humana en interferencia intersubjetiva, para saber apodícticamente que sobre ella procede el juicio de licitud o ilicitud; aunque todavía no sepa cual de

estas calificaciones es la que corresponde, se con certeza que alguna de ellas cabe porque no estoy sobre un dato a-jurídico. Pasa aquí, al apreciar el primado del dato intuitivo y el papel de la norma con que quiere desalojarlo el filósofo racionalista, algo análogo a lo siguiente: Los vertebrados son siempre este perro, aquella gallina, aquel elefante, etc. Pero no debo confundir lo que necesito saber para conocer que esto es un perro, y no una gallina ni un elefante, con lo que necesito saber para conocer lo que es un vertebrado. Esto último (al igual que la determinación del objeto Derecho), es lo fundante en el conocimiento de lo primero, porque la determinación del ser gallina o perro o elefante (y paralelamente la determinación del ser facultad, prestación, entuerto o sanción) recae en el ámbito previo y constituido por aparte del ser vertebrado (o del ser Derecho como distinto de todo lo a-jurídico).

Todavía queda por aclarar el papel de la norma. Con ser un concepto —y precisamente el concepto apto para mentar la conducta como conducta—, la Teoría Ecológica siempre ha dicho que este concepto integra el propio objeto que mienta, de modo que la norma resulta inmanente, como sentido, a la conducta. A esto acabamos de aludir cuando se ha dicho que, de alguna manera, el Derecho aparece siempre como norma en cuanto que siempre, en la experiencia, aparece determinado como facultad, prestación, entuerto o sanción y ya que sin la norma no podríamos lograr ninguna de estas determinaciones. Pero la aclaración del papel de la norma ocupará la segunda discrepancia pendiente con Kelsen. Por ahora basta concluir señalando que el Derecho como objeto ha quedado patentizado como conducta en interferencia intersubjetiva y que esto se ha logrado mediante una pura intuición eidética de su faz óntica, sin recurrir para nada a normas de ninguna clase. Le hice a Kelsen la siguiente consideración confirmatoria, cuyo valor sugestivo lo impresionó grandemente. Cuando fueron los aviones alemanes, en 1914, a bombardear París, trasladaron la Venus de Milo al sótano del Louvre, cubierta de bolsas de arena, para protegerla de las bombas; y así con todo el tesoro artístico del gran museo. ¿Por qué no se podía proteger de la misma manera el derecho francés, siendo también una realidad cultural? La respuesta es sólo una: porque en la conducta de los franceses estaba el derecho francés en presencia intraslabable.

Qué objetó Kelsen: La precedente exposición, como es de imaginarse, no transcurrió como un monólogo. Por el contrario, las estrepadas kel-

senianas entrecortábanla constantemente en un candente tono de cordial vehemencia. De ahí que deba reconstruir en forma dialogada el contenido substancial de aquella tarde tan grata para mi espíritu.

KELSEN: —La Teoría Ecológica tiene un punto de partida metafísico y yo rechazo toda metafísica. Ud. me habla de la libertad como de algo real y existente, y eso es hablarme de un ente metafísico en el que yo no creo ni puedo aceptar. La ciencia no conoce ese ente. Recuerdo una anécdota atribuida a Laplace quien, llamado por el Rey de Francia para que le exponga su sistema y habiendo preguntado el Rey, al final “¿Y allí donde está, Dios?”, contestó: “Señor, para hacer mi sistema no he necesitado de esa hipótesis”. Así yo he tratado de hacer la teoría del Derecho sin recurrir a la hipótesis metafísica de la libertad.

COSSIO: —Sólo la ciencia natural no conoce ese algo que es la libertad porque la libertad no está en ese ámbito; pero la conocen el hombre planario, la cultura, la historia. Es un concepto muy estrecho de ciencia querer reducir la científicidad a la ciencia natural. Ud. mismo habla de una ciencia del Derecho que no es una ciencia natural. No podemos negar la libertad frente a los actuales resultados de la analítica del tiempo espiritual; y la historia, que se nos impone como un hecho, la acredita intergubernablemente con la sola consideración de que el hombre es el único animal que tiene historia.

KELSEN: —Nunca he visto claridad en eso del tiempo espiritual. Tampoco en la filosofía de la cultura. Hace más de 20 años que escribí un trabajo criticando a Rickert y desde entonces el asunto no me ha atraído.

COSSIO: —Es que la filosofía de la cultura es Rickert, pero no sólo Rickert; también es Dilthey, Bergson, Husserl, Scheler, Heidegger, Ortega y Gasset.

KELSEN: —Todos metafísicos; y ya le he dicho que rechazo la metafísica. No creo en la libertad como ente real y existente. El mundo se presenta como un determinismo total, sin ningún lugar de excepción; y el problema es construir la teoría del Derecho sin recurrir a la hipótesis metafísica de la libertad.

COSSIO: —Pero así Ud. no evade la metafísica; simplemente reemplaza una metafísica por otra: la de la libertad por la del determinismo. Aristóteles, en frase que se le atribuye, tenía razón cuando dijo: “para ser metafísico, es necesario hacer metafísica; para no serlo, es necesario todavía hacerla; de todas maneras es necesario hacer metafísica”. En ese caso lo más plausible es enraizar el problema jurídico en

la mejor metafísica, pero no quedar en una actitud pretemática a ese respecto. Su ciencia del Derecho no es una ciencia natural y Ud. se ve por ello forzado a hablar también de la libertad.

KELSEN: —Sí, hablo de la libertad; pero yo doy a este problema una solución racionalista compatible con el determinismo; mi solución está en antítesis con su solución metafísica que quiere hacer del hombre un lugar de excepción dentro del Cosmos. Ya no digo que damos normas porque *hay* libertad, sino más vale al revés, que *hablamos* de libertad cuando damos normas a pesar del curso absolutamente determinado de los actos humanos.

COSSIO: —Este es una solución verbal, no es la solución del problema. Su solución legítima muy bien una nueva acepción de injerto en el vocablo libertad; pero Ud. se equivoca cuando cree que es la solución de un viejo problema mal planteado, pues Ud. escamotea los hechos sobre los que ese problema está bien asentado aunque estuviere mal planteado. Reconocer la existencia de ciertos hechos no es ninguna cuestión que nos diga en qué consiste un método, ni vice-versa. Su solución no puede explicar de como sólo el hombre tiene propiamente historia resultando que mi espíritu, que nace con la edad de su tiempo, es tributario de las generaciones pasadas; y esto es un hecho. Ni por qué sólo el hombre cocina sus alimentos, fabrica herramientas y hace versos, creando en todo ello donde no lo había; y esto también es un hecho. A estos hechos se ha llamado y llamamos libertad y sobre su existencia nada explica la solución suya. Por el contrario, se desenvuelve sin hacerse cargo que su temporalidad es una temporalidad espiritual o existencial. Con su solución Ud. explica, a lo más, un uso terminológico existente, pero presuponiendo que la mención que pretende hacer el vocablo libertad es una ilusión y presuponiendo que el problema de la realidad de la libertad está resuelto negativamente por el determinismo de la ciencia natural. Con ello Ud. subordina a la ciencia física un presupuesto del Derecho que el jurista debiera estudiar por propia cuenta, de tal manera que, por esta aceptación foránea de una autoridad científica incompetente (ya que la Física no tiene que encontrar en su ámbito a la libertad), Ud. viene a quedar en una situación pretemática respecto a la autenticidad del Derecho.

KELSEN: —Pero ¿qué ganamos con esta hipótesis de la libertad como algo real y existente? Me dice Ud. que así se salva la cultura. Pero yo soy jurista y no teorizo la cultura, a mí me in-

teresa el Derecho. Y yo le pregunto: ¿caso su largo desarrollo nos ha servido para llegar a hablar algo del Derecho como jurista? No.

Cossio: —Para hablar, que es tanto como pensar acerca de él, no. Pero para verlo, sí. Con la intuición jurídica yo no pretendo hablar sobre el Derecho, sino encontrarlo y ponérmelo por delante; para hablar de él necesito ya de la norma no olvidando, eso sí, que todo lo que mi pensamiento afirma ha de encontrar su verificación en los hechos. Y si esto no lo saco de la intuición, no lo podré sacar de ninguna otra parte.

Cómo se defendió Kelsen: Apreciará el lector que la objeción de Kelsen incidía monocordemente en un solo punto: la existencia real de la libertad. Y no podía ser de otra manera porque allí se jugaba en su raíz la tesis egológica de la intuición del Derecho. Pero no iba a suceder que sólo Kelsen atacara la tesis egológica, también le tocó el turno de escuchar mi ataque a su adversa tesis. A este propósito el diálogo prosiguió así:

KELSEN: —Es cierto, como Ud. dice, que yo hablo de una ciencia jurídica que no es una ciencia de la Naturaleza; pero esto es posible, sin afectar el determinismo de la Naturaleza creándole un lugar de excepción, porque me limito a cambiar el nexo lógico de la proposición: para la Naturaleza el verbo ser y para el Derecho el verbo deber ser. Esto es muy sencillo y mucho más simple que toda su construcción con un punto de partida metafísico.

Cossio: —A mí no me interesa la sencillez sino la verdad; yo necesito ver que su tesis tenga confirmación empírica. El conocimiento es sistemático y el sistema del conocimiento no consiste en deslindar una oposición como la de Derecho y Naturaleza, sino en ubicar al Derecho en armonía con la totalidad de las ramas del saber. ¿La Matemática y la Historia también conocen Naturaleza?

KELSEN: —Reconozco el problema, pero no salgamos del Derecho. La oposición entre norma y Naturaleza puede ser muy estrecha para lo que Ud. dice, pero es suficiente para explicar la constitución de la ciencia jurídica sin mengua del total determinismo de la realidad. En este sentido mi posición no puede ser más clara y sencilla: Hablamos de libertad porque damos normas a pesar del curso causal de los acontecimientos: si a la ejecución de la sentencia que, de acuerdo a normas, ha dictado un juez condenando al reo a la pena capital, yo le quito las normas general e individual que la configuran, entonces me quedo con un puro hecho de la Naturaleza.

T. 56, Sec. doctrina

Cossio: —No señor; Ud. se queda con lo dado e intuible, pero no con el mundo de átomos y electrones que es la Naturaleza de que hoy nos habla la Física; ni siquiera se quedaría con la Naturaleza de una Física menos moderna. La Naturaleza aparece sólo cuando a los datos se los categoriza y concibe bajo el nexo causal; se nos dirá, así, que la corriente eléctrica es causa del fallecimiento del reo ejecutado, aunque, por cierto, la actuación causal no sea cosa de verse como algo dado sino como algo afirmado. Ud. presenta la oposición de norma y Naturaleza con un privilegio pretamático en favor de la Naturaleza, porque a ésta le está computando el apoyo de una intuición; cosa que no hace con la norma porque la norma no es algo intuible. Pero Ud. olvida que aquel dato de su ejemplo, siendo conducta humana, tiene una triplicidad de intuiciones ónticas, de modo que si Ud. computara las dos intuiciones de la libertad fenoménica, desaparecería el privilegio que Ud. atribuye a la Naturaleza de ser el único último residuo fáctico del hombre como ente. Si su tesis fuera exacta, yo le pregunto por qué limita Ud. el juego de las normas a la conducta humana; por qué no se le ocurre darnos con verdad el sistema normativo de la caída de las hojas en otoño.

KELSEN: —Para mí eso es imposible por definición.

Cossio: —¿Cómo por definición? ¿Qué quiere decir tal cosa?

KELSEN: —Sí señor; por definición; es decir, porque yo he creado la cópula del deber ser, para que sea usada exclusivamente en relación con los actos creadores de normas que actualizan los órganos del Derecho; o sea para conocer estos actos y nada más. Cualquier otro uso que se le dé más allá de este limitado campo, ya no es Teoría Pura. Veo muy bien que la Teoría Egológica usa el deber ser con el mismo valor estrictamente lógico-formal que yo; pero extiende este uso mucho más allá de los límites que definen a la Teoría Pura. Y eso será Teoría Egológica, pero no es Teoría Pura.

Cossio: —No estoy satisfecho. Procediendo por definición cae Ud. en construccionismo, que es cosa artificiosa. Por definición, lo más que puede conseguir es hacer una teoría coherente consigo misma; pero esta coherencia no es ninguna garantía de que ella se corresponda con la realidad. En tal sentido las definiciones pueden muy bien quedar en el aire. Con esto quedan separados, en forma irreductible, su criterio y el mío: Ud. fija por definición el ámbito de validez del deber ser lógico; en cambio la Teoría Egológica lo fija por su correspondien-

cia con una intuición pura, que en este caso es la intuición de la libertad, en uno u otro de sus dos modos según se trate del conocimiento moral o del jurídico. Por eso la Teoría Ecológica avanza coherentemente hasta abarcar toda la conducta, pero se detiene ante la Naturaleza que no confirmaría intuitivamente las normas con que quisiéramos mentarla.

Kelsen: —Siempre volvemos al mismo punto inicial que nos separa y donde está toda nuestra cuestión.

Cossio: —Sí. Pero todavía tiene Ud. que aclararme, dentro de su posición, qué clase de ser le asigna al Derecho; como objeto, ¿le parece que es un objeto ideal de tipo matemático, lógico u otro similar?

Kelsen: —No; indudablemente no.

Cossio: —Entonces, siendo un objeto real, ¿tiene la realidad de la Naturaleza o alguna otra?

Desgraciadamente en este punto se interrumpió el diálogo, quedando pendiente una respuesta tan fundamental. Llegaba una visita y la fatiga propició después de tantas horas de discusión hizo el resto.

Apostilla: ¿El público de estudiosos deseaba que el balance de la visita de Kelsen exhibiera y computara las discrepancias con la Teoría Ecológica? Pues ya sabe cual es la primera y fundamental: El problema de la libertad existencial del hombre de carne y hueso, negado por Kelsen como una ilusión metafísica y sostenido por la Teoría Ecológica sobre la base de su correspondiente intuición. Esto viene a significar que Kelsen fija por definición el ámbito de validez del deber ser lógico, por él descubierto, en tanto que la Teoría Ecológica lo fija por su correspondencia con aquella intuición de la libertad. Toca a cada lector decidir sobre el peso de los argumentos.

Pero corresponde destacar, para poder saldar las cuentas, que esta discrepancia no es con la Teoría Pura, sino con Kelsen. Esta discrepancia no roza siquiera ninguno de los desarrollos temáticos con que Kelsen expone la pureza metodológica, la teoría de la norma, la teoría del ordenamiento y los dualismos científicos del pensamiento jurídico, que es el contenido de la Teoría Pura *stricto sensu* y al cual se ajusta la imagen también temática que la Teoría Ecológica tiene de la Teoría Pura. A nadie se le puede escapar que el valor lógico-formal del deber ser y de sus estructuras derivadas, no contiene en sí mismo un criterio acerca del ámbito donde puede jugar con legitimidad gnoseológica; y que esto último ha de ser motivo de una tematización propia. Es esta la clave para entender

esta primera discrepancia kelseniana, que viene a ser no con la Teoría Pura, sino con la imagen pretemática que tiene Kelsen de la Teoría Pura. Pues Kelsen da por sentado que la Teoría Pura contiene respuestas para los problemas ontológicos del Derecho que no están por ella tematizados ni tratados y cuelga de la Teoría Pura las discrepancias de él como si fueran discrepancias de la Teoría Pura. Tales son las pretensiones ontológicas injustificadas de la imagen pretemática que Kelsen tiene de la Teoría Pura, que la Teoría Ecológica podía para restaurar a la Teoría Pura en una significación concorde con lo que en ella está tematizado.

b) Norma y regla de derecho

Las tesis: Hay una diferencia notoria entre lo que hace el jurista en su hacer específico y lo que hace el órgano del Derecho (legislador, juez, etc.) también en su hacer específico. Según Kelsen esta diferencia radica en que lo que hacen uno y otro, como objetos, son cosas de naturaleza diferente: el órgano prescribe un comportamiento, mientras que el jurista sólo describe lo prescripto por el órgano. El órgano emite juicios prescriptivos que son las normas, las cuales, en tanto que normas, son el objeto a conocer por la ciencia jurídica. El jurista, en cambio, emite juicios descriptivos, que son las reglas de derecho, las cuales, en tanto que tales, son conocimiento de las normas y nada más. La norma que emite el órgano es una prescripción dirigida a nuestra voluntad, en tanto que la regla de derecho que emite el jurista es una información dirigida a nuestra inteligencia. Así, la distinción entre norma y regla de derecho nos explica en qué y por qué son diferentes el hecho de un órgano jurídico y el hecho del jurista.

Esta distinción, que no aflora como un objeto de investigación en ninguna parte de la obra del Maestro en el lapso 1911-1945, aparece tematizada recién en 1945 en su "General Theory of Law and State". Pero es sólo en las conferencias de Buenos Aires, frente al cotejo con el planteamiento ecológico, que va a adquirir un rango decisivo para el pensamiento de Kelsen.

La tesis ecológica tacha de superflua aquella distinción entre norma y regla de derecho como cosas diferentes, porque tanto el órgano como el jurista, al pensar sobre el Derecho, que es conducta, lo hacen con normas: la conceptualización de ambos es igualmente normativa hasta la identidad; en este sentido, no producen nada diferente. Y remata el asunto, para señalar la



diferencia que se busca, con la agudísima investigación egológica original de José M. Vilanova, quien destaca que para captar la diferencia entre el hacer específico del órgano y el del jurista, no hay que atender a la idéntica cosa que ambos hacen, sino a quien la hace. Pues siendo la norma un juicio del deber ser, como todo juicio, nos ofrece tres cosas a considerar: 1) La estructura de pensamiento en que el juicio consiste, cosa investigada por la Teoría Pura *stricto sensu*; 2) El objeto de conocimiento mentado por este pensamiento normativo, cosa investigada ya por la Teoría Egológica al afirmar que lo es la conducta en su interferencia intersubjetiva; y 3) El sujeto que emite el juicio, donde radica la mencionada diferencia a tenor de lo siguiente: Si el sujeto que emite la norma es la Comunidad (por eso se habla de un *órgano*: legislador, juez, contratante, testador, etc.), ocurre que las normas que salen de la mente del órgano se presentan como vigentes o eficaces en sí mismas, en cuanto que la mención intencional de tales normas toma contacto de algún modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho. En cambio, si el sujeto que emite la norma es un simple individuo (jurista), ocurre que las normas que salen de la mente del jurista, a la inversa, toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación.

Para la Teoría Egológica, pues, la notoria diferencia que hay entre el hacer de un órgano jurídico y el hacer de un jurista, no corresponde a la distinción kelseniana entre norma y regla de derecho, sino que corresponde a cómo aparece el problema de la positividad o eficacia de las normas en el caso del uno y del otro, de modo que para señalar aquella diferencia le basta determinar quién es el sujeto que enuncia la norma.

Desarrollo de la tesis egológica: La Teoría Egológica ha presentado, desde su primera hora, el asunto trascendental de la relación entre norma y conducta, como siendo la relación gnoseológica entre concepto y objeto; es decir, como siendo la relación de mención significativa que hace el pensamiento acerca de algo y respecto de lo cual ha de esperarse una confirmación o una decepción intuitiva para hablar de la verdad jurídica como juristas. La relación entre norma y conducta así planteada es el tema central de la Lógica jurídica trascendental y en ella la Teoría Egológica ha tema-

tizado el problema de la positividad, vigencia o eficacia del Derecho como problema dogmático. Así como el concepto "sol" mienta al sol sin necesidad de tenerlo a la vista, aunque la visión del sol tenga que confirmar nuestras menciones si de él hablamos con verdad, así también la norma mienta la conducta en su libertad, en esa libertad de cuya intuición ya hemos hablado.

Según la Teoría Egológica, la norma como juicio del deber ser sobre la conducta efectiva, es el único concepto adecuado para mentar la conducta como conducta mentándola en su fluente libertad. Esta es la peculiar aptitud del verbo deber ser, pues la libertad fenoménica en su presencia bruta y óntico existir, de la cual tenemos una intuición sensible, no es un mero "poder ser" recortado y desnudo según antes presentamos el problema para no complacerlo *inopertunamente*, sino que, por estar dándose en el tiempo existencial, es un poder ser dirigido o proyectado en el proyecto vital del futuro inmediato con el que articulamos nuestra propia vida humana; es decir, que es siempre un poder ser con tendencia hacia algo y por lo cual —por esta tendencia temporal a un ineludible algo—, la libertad, en su existencia bruta, queda mejor caracterizada como un mero deber ser existencial. El deber ser lógico es, pues, ónticamente el concepto adecuado para mentar el deber ser existencial.

Pero la norma juega egológicamente un doble papel. Por un lado es esta mención conceptual de la conducta que acabo de decir, y en la cual, por cierto, van comprendidas la mención del substracto y la mención del sentido de la conducta en cuestión, en su unidad cultural. Por otro lado, la norma forma parte del sentido del objeto que ella misma mienta, que es un sentido conceptualizado, con lo cual la norma integra el objeto del que ella misma hace mención. Esta situación paradójica es claramente explicable no bien se advierte que el objeto mentado, por ser un objeto egológico, es también un sujeto, de modo que ateniéndonos a la mera descripción del dato, observamos que se desarrolla esta situación: La norma mienta un substracto de conducta y respecto de este substracto su papel termina en mención porque la existencia de este substracto es independiente y diferente de la existencia de la mención. Pero la norma también mienta un sentido de conducta; como la existencia de este sentido emocional va dada por el sujeto cognoscente cada vez que revive el sentido al comprender la conducta en cuestión, la existen-

cia del sentido no va a resultar independiente de la mención normativa cuya existencia también está dada por la vivencia del sujeto cognoscente, y precisamente en el mismo acto de conocimiento comprensivo de la conducta. Se trata, en suma, de que el sentido de la conducta jurídica, por ser un sentido mentado por la norma, es un sentido conceptualizado y de que tiene que ser recreado en una vivencia tal cual es, es decir, con esa calidad de ser sentido *mentado*; y al vivenciárselo así, la norma queda integrando el propio objeto de que ella hace mención. Por eso la comprensión jurídica no es libremente emocional sino conceptualmente emocional; y en eso está el fundamento óptico de que el juez no pueda crear derecho fuera de los márgenes legales sino con vivencia de contradicción.

En este desarrollo que nos muestra a la norma jurídica integrando, como sentido, en forma inmanente, la conducta por ella misma mentada, la Teoría Ecológica no ha hecho nada más que desarrollar, con patente propia, el problema de la Lógica tal como lo replantea la filosofía existencial. En efecto, la Lógica aparecía como útil para la ciencia en cuanto que la ciencia es un saber conceptual; y sobre esta base la Lógica ha tematizado el valor esquemático de los conceptos que así, como esquemas siempre más o menos vacíos y fijos, se interponen por delante de la realidad fluyente para mentarla y apresarla científicamente. Pero la nueva Lógica destaca que, a mayor profundidad, los conceptos son útiles para la vida humana porque la ciencia, a su vez, sólo es un modo de esa vida; con lo cual exige 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 está situado en la medida en que un concepto, además de ser una mención esquemática del conocimiento, es una actividad funcional del hombre mismo: el concepto, que para la ciencia vale *instrumentalmente*, describe además, siempre, *fuerzas históricas*, precisamente aquellas de la situación que el hombre está viviendo y aunque sólo fuere la efímera historia de su instante (10).

Y bien, la Teoría Ecológica ha insistido en largas páginas acerca de la identidad entre juicio y concepto (11). Destacando que en esto se parte de la comprensión pre-ontológica del

ser, ha notado que "el concepto tiene dos caras, según se mire hacia dentro o hacia afuera de la significación en que él consiste: el concepto como pensamiento y el mismo concepto como conocimiento. Por lo primero, esto es como estructura del pensamiento mismo, es un juicio; por lo segundo, esto es como mención intelectual de algo, es una significación. El juicio para el conocimiento (Gnoseología) es un concepto. El concepto para el pensamiento (Lógica formal) es un juicio". Y ya se advierte que si la norma es el concepto del deber ser, su papel como mención esquemática de la conducta cae del lado instrumental del conocimiento científico; pero del otro lado, como ese acto lógico-formal que llamamos juicio, aparte de su intrínseca estructura, la norma involucra ese valor impletivo funcional que describe fuerzas históricas y que, como la historia del caso, la hace integrar el sentido de la conducta por ella misma mentada.

Sobre estos desarrollos ecológicos, y recordando que el Derecho es un fenómeno de la Comunidad porque la conducta en interferencia intersubjetiva traduce —y sólo ella— la dimensión coexistencial del obrar humano en sí mismo considerado (siendo la existencia humana, coexistencia, el comportamiento en sí no podría, como excepción, carecer de una visión coexistencial), sobre estos desarrollos, decía, la investigación ecológica original de José M. Vilanova podía dar amplia explicación de la verdadera diferencia que existe entre el hacer del órgano de Derecho y el hacer del jurista, diciendo así: 1º) Como el objeto ecológico, que es motivo del conocimiento jurídico, también es un sujeto, la misma representación jurídica que haga el sujeto cognoscente (el jurista) tenemos que encontrarla en el sujeto conocido *cuando éste se pone en la tarea de conocerse jurídicamente a sí mismo*, que es lo que ocurre cuando la Comunidad, por conducto de sus órganos, se norma. Lo que el jurista y el órgano hacen, no son, pues, cosas de diferente naturaleza: ambos conocen conducta, teniéndola que pensar normativamente para que el conocimiento sea adecuado. 2º) En esta existencia comunitaria eficaz por sí misma en cuanto que es un hecho (y los hechos no reclaman otra justificación que su existencia), se funda la validez normativa del Derecho que meramente expresa con adecuación aquella existencia o vigencia, como lo

(10) Sobre esto puede verse MANUEL GRANNELL, "Lógica", ps. 443 a 452, Madrid, 1949, Ed. Revista de Occidente.

(11) Entre otros lugares, ver COSSIO, "La Teoría Ecológica del Derecho", ps. 135 a 141, Buenos Aires, 1944, Ed. Losada. Lo transcrito es de la p. 140.



comprueba el indiscutido Principio de Efectividad cuando verifica que el jurista no tiene por Derecho válido al que no presenta un mínimo de eficacia. Y la validez mental de lo normativo puede estar fundada en aquella eficacia fáctica de lo vigente, porque el hecho u objeto a conocer, siendo de naturaleza egológica, es un hombre o sujeto, vale decir, un objeto *pensante* de acuerdo a los fundamentos dados más arriba. 3º) La diferencia que se busca no es la de norma y regla de derecho, que expone Kelsen, sino la de norma en sí misma o directamente positiva y norma positiva a secas. Pues las normas que salen de la mente del órgano se *presentan* como vigentes o eficaces en sí mismas —y aunque en verdad no lo fueren, como ocurre si nacen muertas o caen en desuso, así igualmente se presentan—, porque la mención intencional de la norma de un órgano a la conducta toma contacto de un modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho, en cuanto que es una conducta que se conoce a sí misma pensándose como conocimiento e intu-yéndose como hecho. En cambio, las normas que salen de la mente del jurista, toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación, esta vez efectuado por el jurista, que intuye el hecho de los órganos o sus rastros y, por encima de todo, que intuye el comportamiento de los hombres que viven el Derecho al cual el jurista se refiere. Y es este referirse a una intuición independiente de la normación lo que determina al jurista tantas veces a usar el verbo ser y a poner énfasis en él, aunque no quepa engañarse que por el sentido con que lo emplea se refiere a un deber ser, a la conducta como deber ser positivo.

Qué objetó Kelsen: El tema de esta discrepancia le fué presentado a Kelsen en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, el 16 de agosto, al leerse y discutirse la comunicación pasada por Vilanova al Instituto sobre *Vigencia y Validez del Derecho* y también en una conversación entre él, Vilanova y yo el 6 de agosto y, en parte, en mi ya recordada plática del 12 de agosto. Desgraciadamente la discusión del Instituto se cortó antes de llegar a total madurez por otro compromiso que debía atender el Maestro y la conversación del 6 de

agosto se paralizó a mitad de camino ante el deseo de Kelsen de que se le preparara una traducción de la comunicación de Vilanova, por cierto más pertinente que una información oral, a los fines de una meditación. Con todo, puedo presentar así la substancia de estos diálogos:

KELSEN: —Yo no entiendo qué se expresa con el vocablo "comunidad", que me suena acá a Hegelianismo, y cómo puede la comunidad conocer.

VILANOVA: —No hay en ello ninguna referencia a ninguna entidad aparte ni nada de hegelianismo. Me refiero a la dimensión coexistencial del hombre y al hablar de la conducta de la Comunidad misma, sólo hablo de la conducta compartida de todos los miembros de esa Comunidad. Esto es un dato en el que estamos inmersos por coparticipación. Todos tenemos en principio la comprensión de pertenecer a una Comunidad.

KELSEN: —Entonces que no se hable de un conocimiento que hace la Comunidad sobre sí misma.

VILANOVA: —Por eso digo que es un conocimiento que efectúan los órganos. Pero los órganos son órganos de la Comunidad; y esto no puede ser desatendido.

KELSEN: —La atribución de este conocimiento a la Comunidad, como siendo de la Comunidad, me parece excesiva e incomprensible.

COZZIO: —No es más excesiva ni más incomprensible que la preciosa contribución con que Ud., Maestro, ha dilucidado la relación entre el Derecho y la fuerza en "Law and Peace in International Relations": El Derecho no excluye absoluta sino relativamente la fuerza, porque el entuerto y la sanción son fuerza por igual; pero cuando la fuerza está ejercitada por un individuo, es entuerto y cuando está ejercitada por la Comunidad es sanción: La paz jurídica "es un estado de un monopolio de la fuerza, un monopolio de la fuerza por la comunidad" (12).

KELSEN: —Pero Uds. al hablar aquí de Comunidad, quieren fundar la validez del Derecho en su vigencia o eficacia. Esto es inaceptable porque sería derivar del ser el deber ser. Es una confusión entre hecho y Derecho.

COZZIO: —Sólo aceptamos el Principio de Efectividad, cuya importancia Ud. mismo nos ha enseñado a apreciar.

(12) KELSEN, "Law and Peace in International Relations", p. 12, Cambridge (Mass.), 1942, Ed. Harvard University Press. Con iguales expresio-

nes, "General Theory of Law and State", p. 21, ed. citada.



KELSEN: —El Principio de Efectividad, de acuerdo al cual el jurista no considera como válido un sistema de normas si ellas no tienen un mínimo de eficacia, es una condición *sine qua non* del conocimiento jurídico, pero no una condición *per quam*; es una condición necesaria pero no una condición suficiente. La validez de una norma se funda exclusivamente en que es dictada de acuerdo al procedimiento señalado para dictarla, por otra norma más elevada de la pirámide jurídica. Sin esto se destruye la estructura de un deber ser lógico que tiene el ordenamiento como conjunto.

VILANOVA: —Pero esto ya no ocurre con la norma fundamental, de la cual deriva toda esta validez específica subordinada. La norma fundamental, por propio contenido, es originaria y no está señalada como el contenido de otra norma aún más alta, porque entonces ésta sería la norma fundamental. Si vale como Derecho lo que una primera asamblea constituyente dispone, no es porque haya una norma superior que convalide lo que la asamblea hace, sino sólo porque de hecho a los hombres les da por atenerse a sus prescripciones y comienzan a comportarse como éstas dicen que deben hacerlo; es decir, que aquí lo que vale, vale sólo porque se lo vive como tal sabiéndose lo que se hace y no porque se aplicara norma ninguna salvo la norma meramente supuesta. La norma fundamental cierra el sistema y nos muestra al desnudo el hecho de conducta con su immanente sentido jurídico, del cual la norma fundamental sólo es la primera expresión conceptual adecuada. Sea que enunciemos la norma fundamental como la exigencia de obedecer al legislador originario, sea que más técnicamente la enunciemos con la fórmula de la *Teoría General del Estado* "si A manda y B obedece la mayoría de las veces, A debe mandar y B debe obedecer en todos los casos", es evidente que ella, en cuanto que supuesto gnoseológico del jurista, sólo da la cópula del deber ser lógico que tiene la expresión; pero no es menos evidente que el contenido lo toma de los hechos de conducta y que este contenido está pensado con la misma copulación por los sujetos actuantes en cuanto ellos saben lo que hacen o tienen conciencia de lo que hacen. Si A y B viven como algo jurídico lo que hacen, cuando A manda y B obedece la mayoría de las veces, eso que viven es por ellos conocido con el sentido del "debiendo en todos los casos" que enuncia técnicamente la norma fundamental, porque tal es la dirección o tendencia intersubjetiva del deber ser existencial en que su conducta consiste.

Cómo se defendió Kelsen: La contraparte del diálogo tuvo contornos acaso más premiosos todavía. Héla aquí:

Cossio: —La distinción entre norma y regla de derecho me parece, además de superflua después de la investigación de Vilanova, insostenible porque remata en una reduplicación simplemente verbal de un mismo objeto, que es la norma en tanto que juicio imputativo constituido con la cópula del deber ser. Pues frente a aquella distinción, yo me pregunto: ¿dónde está el deber ser lógico, en la norma o en la regla de derecho? Si está en ambas, entonces la reduplicación es clara y un correcto análisis hará desaparecer la pretendida diferencia entre una y otra. Si está sólo en la norma y no en la regla de derecho, para conservar la idea de que la norma es el objeto Derecho y de que este objeto está constituido por el deber ser lógico, entonces la regla de derecho como conocimiento jurídico no tendría ninguna diferencia metodológica con el conocimiento físico. Y si está sólo en la regla de derecho y no en la norma, entonces, a la inversa, se habría dicho mal que el ser del derecho como objeto, siendo éste la norma, consiste en un deber ser que se niega a la norma.

KELSEN: —El nexo de imputación está en la norma y en la regla de derecho, pero no hay reduplicación de objeto porque, en la norma, el deber ser lógico tiene un sentido o uso prescriptivo, en tanto que en la regla de derecho tiene un sentido o uso descriptivo: "es como si la regla de derecho reprodujera descriptivamente el deber ser de las normas", para decirlo con una frase de mi "General Theory of Law and State" (13). El órgano no conoce, sino prescribe; el jurista, al revés, no prescribe, sino conoce.

Cossio: —Todo eso es muy tajante pero lleno de una falsa claridad que acaso satisfaga al sentido común del hombre ingenuo, pero no al científico, pues yo no comprendo cómo se puede prescribir algo sin saber lo que se prescribe, es decir, sin que lo prescripto fuera conocimiento. Y a mí me interesa aclarar si este conocimiento que tiene quien prescribe en el acto de prescribir, es o no es un conocimiento de deber ser. Meditando egológicamente sobre estas cosas, Brandão ha escrito: "Sin embargo, una ley jurídica positiva, si es imperativa, no por eso deja de ser también descriptiva. Su enunciación envuelve la descripción de posibles conductas

(13) P. 163 de la edición ya citada.



en interferencia intersubjetiva. Sólo respecto de ellas se manifiesta su imperatividad" (14).

KELSEN: —Para el acto del órgano creando una norma, es decir, para la prescripción de conductas, no es necesario saber nada de la norma misma: los legisladores aprueban leyes votando por la afirmativa e ignorando su contenido; para la constitución de una sentencia judicial lo único esencial es la firma del juez aunque a la sentencia la haya redactado un escribiente.

COSSIO: —Pero esto no quita que esa ley o esa sentencia en sí mismas, prescriptivas o no prescriptivas, describan algo en forma de conocimiento. Su ejemplo olvida que al legislador y al juez les está imputado el conocimiento que, de hecho, lo tendrían sólo el líder parlamentario o el escribiente. Por esta razón, no interesa quien, de hecho, tiene ese conocimiento y con qué amplitud. Lo evidente es que no se puede hablar de una prescripción jurídica sino como conocimiento jurídico; que aquel legislador y aquel juez de su ejemplo algún conocimiento tienen de lo que prescriben, por mínimo que fuere; y que si ellos pudieran prescribir algo en total estado de inconsciencia, sus actos serían jurídicamente nulos.

KELSEN: —Ese mínimo de conocimiento en el órgano, que probablemente siempre existe, no me parece esencial para el problema porque yo puedo prescindir de él para fundar mi distinción entre lo que hace el órgano y lo que hace el jurista, presentando la norma y la regla de derecho como cosas de diversa naturaleza. La creación óntica del Derecho pertenece al órgano puesto que crea su existencia al crear la norma, en tanto que la creación epistemológica del Derecho pertenece al jurista puesto que lo crea como objeto conocido al crear la regla de derecho.

COSSIO: —Es que su afirmación es deficiente porque estamos viendo que al crearse una norma por el órgano, se la crea como conocimiento del deber ser y entonces no hay la diferencia que Ud. le atribuye respecto del conocimiento del jurista.

KELSEN: —Con un ejemplo voy a aclarar mi pensamiento: El legislador puede decir: "el que matare a otro será condenado a prisión", usando el verbo ser en futuro; esto es una norma y algo queda prescripto por ella. Pero esta norma no expresa ni hace ver su verdadero contenido intelectual de índole jurídica; para expresarlo se requiere que venga el jurista y la

transforme de este modo: "si alguien mata a otro, debe ser condenado a prisión", usando el verbo deber ser y formulando una regla de derecho que describe correctamente el contenido normado. El legislador creó lo jurídico como objeto existente; el jurista ha realizado la creación epistemológica que es la sola que vale en la ciencia.

COSSIO: —Su propio ejemplo traiciona la debilidad de su tesis porque Ud. presenta como ciencia jurídica un juego pueril y raquítico que no responde a lo que los juristas tratan de hacer. Si la ciencia jurídica consistiera en redactar con el verbo deber ser las proposiciones redactadas con otros verbos, sería una ciencia ya agotada y conclusa, como saber. En el ejemplo que Ud. ha utilizado, si el legislador hubiera dicho: "si alguien mata a otro, debe ser condenado a prisión", cosa perfectamente posible de ocurrir, el jurista como científico queda sin papel respecto de ese precepto. Ud. olvida que la ciencia jurídica no es una ciencia acerca de las expresiones verbales. No interesa que el legislador use el verbo ser en tiempo futuro o en modo imperativo, sino el sentido inmanente con que lo usa. Precisamente el mérito perdurable de la Teoría Pura del Derecho es haber evidenciado que ese sentido es, necesaria e invariablemente, el del deber ser, cualquiera sea la expresión utilizada. Pero por esto mismo se ve que lo que Ud. llama norma, por su sentido y en su sentido, es ni más ni menos que lo que Ud. llama regla de derecho. Por eso son pseudo problemas tanto el caso en que el legislador se expresara con el verbo deber ser, en que el jurista kelseniano quedaría sin misión que cumplir, como el caso contrario y frecuente en que el jurista se expresara con el verbo ser y que no sé dónde habría de ubicar Ud. La ciencia jurídica no es una ciencia de expresiones verbales, sino una ciencia que interpreta la conducta humana mediante las normas existentes. Toda su distinción entre norma y regla de derecho gira sobre un punto falso porque esconde resucitada la concepción del imperativismo jurídico, dando marcha atrás en una de las cosas más fecundas aportadas por la Teoría Pura.

KELSEN: —Mi crítica al imperativismo subsiste intacta. No se puede decir, sin falsificar mi pensamiento, que la prescripción contenida en la norma sea un mando en sentido propio, es decir, una orden o imperativo. En mi "General Theory of Law and State" he insistido en que

(14) ANTONIO JOSE BRANDAO, "Problemas da determinação do conceito de lei jurídica posi-

tiva", en *Boletim do Ministerio da Justiça*, núm. 13, p. 368, Lisboa, julio de 1949.



los vocablos "imperativo" o "mando" han de tomarse en un sentido figurado (ps. 35 y 45); que cuando se dice que el legislador manda algo con una ley, el mando en este sentido difícilmente tiene algo en común con un mando propiamente dicho (p. 33); que la comparación entre el deber ser de una norma y un mando, se justifica sólo en un sentido *muy limitado* (p. 35). He aclarado que si la regla de derecho es un mando es, por decirlo así, un mando des- psicologizado ya que se emplea una abstracción (p. 35). Y he tenido el cuidado, para evitar toda confusión, de poner siempre entre comillas las palabras mando, orden o imperativo cada vez que con ellas me he referido a las prescripciones del Derecho.

COZZIO: —Es cierto, pero no descuide Ud. que a sus comillas se las pueden quitar con facilidad. Y sus otras aclaraciones no van a resultar suficientes, porque el peligro que corre su crítica a la concepción imperativista del Derecho obedece a una causa más profunda. Esta consiste en que la distinción entre mando y prescripción se hace borrosa y endeble desde que Ud. contrapone prescripción a descripción, norma a regla de derecho. Si lo que se llama prescripción en el lenguaje jurídico del sentido común, no puede ser presentado como un juicio imputativo, como un juicio del deber ser, como una norma con su peculiar mención, entonces Ud., quiera que no, está dando un paso atrás de la Teoría Pura, hacia el tradicionalismo jurídico; y los estudiosos se han de preguntar qué queda de su crítica al imperativismo.

KELSEN: Tal vez haya poca claridad en mis obras anteriores; pero mi crítica al imperativismo no ha querido nunca ser una crítica al imperativismo de las normas en cuanto que prescripciones (y no órdenes o mandatos), sino una crítica al imperativismo de las reglas de derecho y a la pretensión de la doctrina de ser una fuente del Derecho.

COZZIO: —¿No ve Ud. cómo desdibuja el problema? Su crítica magistral al imperativismo tiene la jerarquía y el volumen de algo que desmenuza toda una importante concepción del Derecho. Pero la pretensión de la doctrina como fuente jurídica nunca ha tenido volumen como para definir una concepción del Derecho. En el imperativismo como concepción late la idea de que el Derecho es la ley, o si se prefiere, la norma; y por eso Ud. retrocede hacia el imperativismo desdibujando su pasada crítica.

KELSEN: Si Ud. entiende que el Derecho es conducta, comprendo su posición radicalmente anti-imperativista. Pero con esto comprendo también que seguimos separados por nuestra primera discrepancia. Allí está todo.

Apostilla: ¿El público de estudiosos deseaba que el balance de la visita de Kelsen exhibiera y computara las discrepancias con la Teoría Ecológica? Pues ya sabe cuál es la segunda: la relación que media entre norma y conducta, de la cual Kelsen deriva a la norma como una prescripción que no es conocimiento jurídico y la Teoría Ecológica, al revés, como siendo la norma un conocimiento jurídico de la Comunidad sobre sí misma. Toca otra vez al lector decidir sobre el peso de los argumentos y en qué medida esta discrepancia es una discrepancia con Kelsen o con la Teoría Pura *stricto sensu*; en qué medida con la distinción entre norma y regla de derecho, esta vez no se cueлга sino que se inserta en la Teoría Pura, un problema innecesario para el funcionamiento útil de la misma.

Corolario sobre la norma como esquema de interpretación: La Teoría Ecológica resuelve de un solo golpe el problema de la relación entre norma y conducta como la relación de concepto a objeto que se acaba de exponer; por eso no le queda ninguna cuestión pendiente.

No le sucede lo mismo a la tesis kelseniana que, con la distinción entre norma y regla de derecho, lo ha desdoblado en la relación entre estos dos términos por un lado, y por otro en la relación entre su norma y la conducta, que le queda pendiente. Se trata siempre de buscar la relación entre el pensamiento jurídico y la conducta efectiva que Kelsen trata de cubrir en dos etapas: la relación entre regla de derecho y norma, y luego la relación entre norma y conducta.

Sobre esta última relación tuvimos un breve diálogo muy ilustrativo:

COZZIO: —Buscar entre la norma y la conducta una relación causal, sea mecánica, sea teleológica, es insostenible y espúrio para la teoría jurídica.

KELSEN: —Estoy totalmente de acuerdo con Ud. La norma se relaciona con la conducta como un esquema de interpretación. "A las normas del derecho positivo corresponde una cierta realidad social" (15) y la relación que vincula estos opuestos y desemejantes términos (norma

(15) KELSEN, "General Theory of Law and State", p. 49, ed. citada. Ver también ps. 40 a 41

y el conocido pasaje de la "Teoría Pura del Derecho", p. 30, Buenos Aires, 1946, Ed. Losada.



y realidad social) consiste en que la norma es el esquema de interpretación de la realidad social de conducta.

COZZIO: —La Teoría Ecológica acepta este planteamiento de la Teoría Pura; pero como es muy vago e impreciso quedarse simplemente en que la norma es un esquema de interpretación de la conducta, lo desarrolla para quitarle su vaguedad resolviéndolo en la relación gnoseológica de mención que hace el concepto respecto de un objeto.

KELSEN: —Esto me interesa mucho, pero no veo el desarrollo ni advierto su legitimidad.

COZZIO: —¿Cree Ud. que interpretar es una manera de conocer?

KELSEN: —Indudablemente.

COZZIO: —Entonces su esquema de interpretación es un esquema de conocimiento, vale decir, un conocimiento esquemático, donde la conducta aparece como el objeto conocido. Ya ve Ud., pues, cómo la norma afirma su ser conocimiento en contra de la distinción suya entre regla de derecho y norma, cumpliendo ese papel que Ud. reserva exclusivamente para la regla de derecho.

KELSEN: —Pero es cosa diferente porque la regla de derecho conoce normas y ahora hablamos de un conocimiento de la conducta; de un conocimiento peculiar acerca de la conducta porque no es su conocimiento sociológico.

COZZIO: —Que sea o no sea cosa diferente, ya lo controvertiremos en otra oportunidad. Que el conocimiento de marras es muy peculiar, sí: porque se conoce a la conducta como libertad y se piensa con el verbo deber ser. Pero de todas maneras es auténtico conocimiento. Además, esa correspondencia que ha de haber entre las normas positivas y una realidad social, que Ud. subraya, ¿quién ha de conocerla: el órgano o el jurista?

KELSEN: Ambos: el órgano como posibilidad si no desea dar normas en el aire; y el jurista como efectividad de conjunto para poder afirmar la validez normativa.

COZZIO: —Perfectamente. Pero ya ve Ud. que el jurista como tal no se limita a conocer el contenido de la prescripción normativa y que por este otro extremo se vuelven a aproximar el órgano y el jurista.

KELSEN: —Se aproximan de hecho pero no en esencia. Yo sigo viendo mi diferencia y no sé todavía cuál es el desarrollo que Ud. sigue para resolver el esquema de interpretación en la relación gnoseológica de concepto a objeto entre norma y conducta. Yo no siento la vaguedad

que Ud. dice cuando me limito a presentar la norma como un esquema de interpretación de la conducta.

Como se comprende, el diálogo, para proseguir, debía aguardar todo el desarrollo anteriormente expuesto con motivo de la distinción kelseniana entre norma y regla de derecho. Pero, lamentablemente, no tuvo oportunidad de continuar, porque era tal la magnitud de aquellas cuestiones previas que, llegado el momento, ellas tomaron todo el tiempo con que pudimos contar.

Sin embargo yo hubiera necesitado hacer ver a Kelsen que con la mera frase "la norma es un esquema de interpretación", se induce a pensar que superponemos dos entes diversos, pero de igual clase, para compararlos, tal como los géometras superponen idealmente dos triángulos para demostrar su igualdad. Que esto no es así porque no hay una naturaleza común entre la norma, a la que pensamos pero no vemos, y la conducta, a la que vemos. Que la norma puede ser inmanente a la conducta porque no cabe entre ellas ninguna separación espacial como entre los triángulos del gémetra o las cosas de la experiencia. Que sólo el concepto cumple esta superposición de sus notas conceptuales sobre las cosas empíricas, porque la relación gnoseológica de mención significativa es una relación intencional de la conciencia, pero no una relación espacial. Que, en tal sentido, la conducta enunciada por la norma no es un modelo, ni la conducta efectiva es una copia, tan real el modelo como la copia en su reciproca externidad; sino que la conducta enunciada por la norma es el conjunto de notas conceptuales con que mentamos cierta conducta efectiva. Que esta superposición conceptual de la conducta en interferencia intersubjetiva enunciada en la norma jurídica, no sería posible si la conducta real no fuera previamente, de por sí, conducta y si no contuviera en sí la estructura intersubjetiva, como acredita la intuición. Que esto hace a la inmanencia de la norma respecto de la conducta; y que, en fin, sólo por esta inmanencia puede la norma, ahora como sentido conceptualizado integrante, aportar nuevas determinaciones con cuya comparación se decidirá y conocerá el carácter lícito o ilícito de la conducta efectiva.

Pero todo esto ha quedado postergado para quien sabe cuando.

c) Estática y Dinámica del Derecho

Las Tesis: El problema ontológico del Derecho tenía atezado a Kelsen en su cotejo con la



Teoría Ecológica. La pregunta sobre si el Derecho en tanto que objeto a conocer por la ciencia jurídica, era o no era conducta, flotaba en el ambiente con penetrante perfume y Kelsen no podía eludirla. La afrontó en sus conferencias de la Facultad con una ambigua solución de compromiso, recurriendo a su vieja división entre Estática y Dinámica del Derecho, tal como la ha presentado rejuvenecida en su "General Theory of Law and State". Y dijo con visible eclecticismo:

El Derecho estáticamente considerado es norma; las normas en cuanto que determinan la conducta, pero sólo las normas y nada más que las normas dadas por los órganos. En cambio, el Derecho dinámicamente considerado es conducta, la conducta en cuanto está determinada por las normas, hay que precisar; por lo tanto, conducta de los órganos que siguen el procedimiento creador prescripto por las normas más altas correspondientes de la pirámide jurídica y conducta que sin esta referencia normativa no sería Derecho. La distinción entre Estática y Dinámica obedece al Derecho visto en estado de reposo o de movimiento: allí aparecen las normas jurídicas y aquí los actos jurídicos de creación y ejecución del ordenamiento.

La Teoría Ecológica rechaza totalmente esta distinción, en primer término, porque con su dual afirmación destruye la unidad del objeto de conocimiento; y luego, porque al afirmar de algún modo a la conducta como siendo el objeto del conocimiento jurídico con la segunda enunciación, se queda corta por referirse sólo a la conducta de los órganos, en contradicción con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, que no hace distinción.

La crítica ecológica: Kelsen sufrió la crítica a su tesis la noche del 15 de agosto, después de cenar en mi casa, y la tarde del 16 de agosto, en una conversación de mesa redonda en la Facultad, donde él salpicó el diálogo con algunas *boutades* que algunos recuerdan con regocijo y otros recordamos con mala impresión. La crítica tuvo las dos veces el siguiente desarrollo, sin que las respuestas de la Facultad agregaran nada nuevo a las respuestas de la noche precedente.

Comencé recordando la necesidad epistemológica de la unidad del objeto de conocimiento como exigencia científica inexcusable: una misma ciencia no puede conocer dos objetos heterogéneos. Así, hay Zoología porque disponemos del concepto "animal" para mentar la unicidad de su objeto; que si no hubiéramos creado este concepto, todo lo que conociéramos

acerca de los caballos, gatos y sapos sería caballogía, gatología y sapología como otras tantas ramas independientes del saber, sin contactos entre sí.

Luego destacué que los términos Estática y Dinámica son términos de la Física, donde tienen un uso propio que no perjudica la unidad de su objeto, porque la Física con ellos mantiene la referencia a un mismo objeto. Por ejemplo, una piedra, según esté o no esté en equilibrio, bajo fuerzas que se compensen o no, será estudiada respectivamente por la Estática o por la Dinámica; pero una y otra se refieren al mismo objeto, que en tal caso es la piedra. No hay pues, ninguna dificultad para entender cómo puede la Física hablar de Estática y de Dinámica sin destruirse como ciencia en su unidad.

Pero con el traslado kelseniano de estos conceptos físicos a la ciencia del Derecho, que pudiera tomarse como una simple metáfora sin valor o una transgresión a la pureza metódica si el traslado fuera auténtico, ocurre algo gravísimo porque la Estática kelseniana no se refiere a un mismo objeto que su Dinámica: de la Estática a la Dinámica pasamos de un objeto ideal a un objeto real. En efecto, si el Derecho estáticamente considerado es la norma en cuanto que determina la conducta, pero sólo la norma y nada más que la norma, se impone la consideración de que la norma es una especie de pensamiento y que, como todo pensamiento en cuanto significación, es un objeto ideal. Para acallar esta crítica, si la norma —y con ella el Derecho— fuera para Kelsen un objeto real, Kelsen tiene un solo camino: mostrarnos donde, con intuición sensible, se intuye a la norma si ésta fuera Naturaleza; o donde, también con intuición sensible, se intuye al substrato de la norma si ésta fuera Cultura. Cosas ambas imposibles porque a una norma se la piensa, pero no se la ve.

Paralelamente, si el Derecho dinámicamente considerado es la conducta, por mucho que se aclare que se trata de la conducta en cuanto que está determinada por las normas, la conducta es una incuestionable realidad al alcance de nuestra intuición sensible, según ya tenemos visto. Imposible es, pues, dejar de ver que la distinción entre Estática y Dinámica del Derecho que hace Kelsen, realiza un salto ilegítimo de lo ideal a lo real, que no autoriza a usar en ambos casos la palabra "Derecho" como si nos refiriéramos a la misma cosa. Para utilizar un símil, yo pregunto qué habría de decirse si respondiendo a la cuestión de ¿cuál es el objeto que estudia la Aritmética?, dijera: la Aritmética estáticamente considerada estudia los nú-

meros que sirven para numerar las cosas; pero la Aritmética dinámicamente considerada estudia las cosas numeradas por los números. Pues habría de decirse con razón, a pesar de las especificaciones agregadas, que en un caso hablo de los números y en el otro de las cosas; y que los números y las cosas son entes diferentes.

Kelsen defiende aquí un juego de palabras para salvar con un verbalismo la unidad del objeto del conocimiento que ha comprometido. Kelsen no ve que cuando habla del Derecho estáticamente considerado sólo se refiere a conceptos jurídicos sin intuición, en tanto que cuando habla del Derecho dinámicamente considerado se refiere a conceptos jurídicos con sus intuiciones. Esa es en verdad la diferencia que aquí maneja con aquellas designaciones metafóricas.

Pero en esto mismo se queda corto, porque después de haber aceptado el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, no es explicable que vea como conducta jurídica sólo la conducta de los órganos en sus actos de creación y aplicación del Derecho, pues ¿en qué funda semejante limitación cuando el axioma se está refiriendo a la conducta sin distinciones y toma su fuerza apodictica precisamente de la naturaleza libre de la conducta?

Kelsen reconoció que el principio a que se remite la presente crítica egológica es irrefutable; tanto, que él mismo lo utilizó criticando a Jellinek su teoría de las dos caras del Estado. Pero que no le parecía que pudiera operar sobre su distinción de Estática y Dinámica del Derecho. Arguyó en descargo que no hay ninguna escisión entitativa de la unidad del objeto del conocimiento, porque cuando habla de Estática están consideradas las normas substantivas y cuando habla de Dinámica están consideradas las normas adjetivas o de procedimiento en amplio sentido; por lo tanto, siempre las normas; y que el axioma ontológico juridiza directamente la conducta de los órganos e indirectamente la conducta de los súbditos, sin dar mayores explicaciones sobre el alcance de semejantes modalidades.

Por mi parte, considero que el descargo dista mucho de ser suficiente. Toda norma, sea substantiva o adjetiva, admite como única consideración la que Kelsen llama consideración estática. Y esto en razón de la idealidad conceptual en que consiste el ser de la norma. Lo comprueba el hecho de que la doctrina racionalista expone y estudia el derecho procesal de la misma manera que el derecho civil o penal. Sólo los hechos están en movimiento; y sólo en los

hechos humanos hay creación. Kelsen no puede olvidar que en la "Teoría General del Estado" define a la Estática como la validez y a la Dinámica como la creación del orden estatal. Kelsen no advierte que de la norma jurídica no cabe un conocimiento jurídico sino un conocimiento lógico porque ya la norma misma es conocimiento jurídico. Frente al descargo kelseniano subsiste incólume la crítica egológica de que norma y conducta son cosas ónticamente diferentes; de que sin la conducta, el Derecho de su Dinámica se anonada; y de que es la conducta, y no la norma, lo que actúa como el sujeto lógico de la proposición en la definición de esa Dinámica, al revés de lo que ocurre cuando define la Estática.

Apostilla: ¿El público de estudiosos deseaba que el balance de la visita de Kelsen exhibiera y computara las discrepancias con la Teoría Egológica? Pues ya sabe cuál es la última: la distinción entre Estática y Dinámica del Derecho que comprometería, según la Teoría Egológica, la unidad del objeto de nuestra ciencia indispensable para el conocimiento. Toca otra vez al lector decidir sobre el peso de los argumentos y en qué medida la eliminación de esta dualidad de esencia que se asignaría al Derecho, deja intacta a la Teoría Pura *stricto sensu*, aunque acuse una discrepancia con Kelsen.

VI. - LAS NOVEDADES NO COMPROMETEDORAS

No quedaría completo este balance si no hiciera también una escorzada referencia a aquellas novedades que Kelsen recibió de la Teoría Egológica con ángulo perpendicular, es decir, sin implicar necesariamente una revisión de fundamentos. En todas ellas la generosidad intelectual del Maestro y el asombro platónico del filósofo tuvieron motivo para arbolar con laureles la senda recóndita de la amistad que él supo ganar.

Para no pecar por superabundante me limitaré a cuatro tópicos.

1º) Conversando sobre la pirámide jurídica y las relaciones de subordinación y supraordinación normativas que ella establece, le dije a Kelsen que, en la teoría de la pirámide, existía con los mismos títulos el problema de la *coordinación horizontal de normas en un mismo plano normativo*, sin lo cual la teoría de la validez del ordenamiento jurídico no estaba completa.

Kelsen captó en el acto la cuestión y aplaudió la idea sin reservas, manifestando que nunca había visto el problema antes de ese momento; y que sin duda era un asunto muy importante. Tomó nota de las páginas de "La Teoría Egológica" en que está expuesto y se interesó mu-



cho por mi trabajo de 1947, "La Coordinación de las normas jurídicas y el problema de la Causa en el Derecho" cuya próxima edición ampliada "esperaba poderla leer en el idioma original". Se refería a la reimpresión en los "Anales" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata que en estos momentos está saliendo de los tórcuos.

2º) Otro asunto que también lo impresionó con instantaneidad fué el de las *antinomias científicas de la Dogmática* en que queda encausada su gnoseología del error. Le mencioné las antinomias de la libertad y de la vigencia, pero le hablé solamente de la antinomia de la personalidad haciéndole notar cómo la ciencia jurídica afirma que hay hombres que son personas, hombres que no son personas (esclavos) y personas que no son hombres (asociaciones), presentando estas tres afirmaciones en un mismo nivel; y cómo, sin embargo, no están niveladas a la par cual tres posibilidades equivalentes, sino que, por el contrario, su vinculación corresponde a una estructura antinómica de una tesis y dos antítesis; haciendo de tesis la primera afirmación y de sendas antítesis las otras dos. Sobre esta base estructural quedan claras importantes derivaciones; por ejemplo, que si fueran legítimas las antítesis, el hombre queda extraño del Derecho porque la personalidad jurídica del ser humano sería una conjunción accidental; que sosteniendo la esencialidad de la tesis, como hace la Teoría Ecológica, cae por su base la manera dominante de plantear el problema de la personalidad en el derecho civil, que presupone la segunda antítesis; etcétera.

Otra vez pude ver a Kelsen en una explosión de entusiasmo. Manifestó que nunca se le había ocurrido la idea de ver a esas tres afirmaciones en semejante relación de estructura y que sin embargo el hecho era evidente. Sugirió la posibilidad de que se le tradujeran de inmediato las páginas de "La Teoría Ecológica" en que se hace el desarrollo de la antinomia de la personalidad y nos explicó su interés diciendo que la permanente aparición del hombre en el problema del Derecho, a pesar de que la distinción entre el ser y el deber ser eliminaba la Naturaleza, era todavía una de sus grandes preocupaciones para la que aún no tenía una respuesta plenamente satisfactoria.

3º) No menos entusiasta fué su reacción cuando le expuse el papel que los juicios indefinidos juegan en el conocimiento jurídico, a estar a las investigaciones ecológicas. La idea de que las decisiones judiciales se expresan en juicios afirmativos o indefinidos, le pareció clara y evidente. No le pareció tan clara la idea

de que las normas generales se expresan por juicios afirmativos o negativos, porque Kelsen insiste en la posibilidad de reducir todo juicio negativo a un juicio afirmativo. Pero de todas maneras la dirección del análisis le pareció llena de un superlativo interés dentro de su novedad. También tomó nota minuciosa de las páginas de "La Teoría Ecológica" en que se desarrolla el problema. Por lo demás nuestra conversación se contuvo en los primeros escorzos del asunto, sin llegar a sus últimas consecuencias para la teoría jurídica, porque la discusión del problema ontológico del Derecho nos llevaba constantemente hacia otros horizontes. Y aunque la ruta desde los juicios indefinidos a la ontología jurídica de la ecología, está aclarada en mis publicaciones, hubiera sido tomar una ruta muy larga si se hubiera llevado la discusión por este camino.

4º) Por último, el problema de la norma jurídica como juicio hipotético o como juicio disyuntivo, tan conocido en nuestro ambiente, siendo una divergencia que se mueve dentro de la estrictez lógico-formal de la Teoría Pura, encontró a Kelsen en la más plácida disposición para analizarlo sin toma de posición. Un primer día, después de escuchar mi exposición en pro del juicio disyuntivo, le pareció una tesis perfectamente defendible que sería más completa que la suya del juicio hipotético. Pero al día siguiente, trayendo él la conversación, me dijo que la había estado analizando y que, mejor pensadas las cosas, no le parecía correcta porque la conjunción o puesta entre la endonorma y la perinorma, significaba-excluir de la significación uno u otro de los términos normativos; lo cual le resultaba inaceptable, máxime si la significación excluida era la de la sanción. Que en lugar de "o", era mejor decir "y si no".

Mi respuesta le señaló que eran los hechos los excluidos alternativamente, pero no los miembros normativos de la significación, porque éstos en conjunto hacían una significación única y sólo quedaban contrapuestos; que pasaba lo mismo que ocurre con el principio del tercero excluido, el cual, precisamente, venía a quedar incorporado a la norma jurídica con la conjunción o. Que esta conjunción, siendo en rigor equivalente del "y si no", tenía la ventaja de subrayar la unicidad de la significación normativa eludiendo toda referencia a un transcurso temporal como va indicado en el "y si no". Que no había que confundirse por la diversidad de significaciones que tiene la conjunción "o" (exclusión, contraposición, equivalencia).

Pasaron pocos días y Kelsen volvió a traer la conversación. Otra vez le parecía mejor la proposición disyuntiva que la hipotética porque



con ella había cómo dar lugar al derecho subjetivo en la norma. Pero las dudas no habían desaparecido del todo: Terminó diciéndome: "Todo está en la significación que comporta la conjunción «o». Tengo que analizar a fondo este asunto. Pero vale la pena y es muy importante. Esa incorporación del principio del tercero excluido puede tener consecuencias muy seductoras. Ya le daré noticias desde Berkeley a qué conclusiones he llegado".

VII. — ¿EPILOGO O PRÓLOGO?

Presentada así la fisonomía completa y fiel de la visita de Kelsen a la Argentina, cabe todavía preguntar si esta visita, en su carácter de magno acontecimiento intelectual para nuestros estudiosos del Derecho, es un epílogo o es un prólogo. Vale decir, si con ella se pone punto final no sólo a la tremulante expectativa con que fué recibida en razón de lo que de ella se esperaba, sino que también que con ella se hubiera pronunciado la última palabra acerca de los problemas debatidos, cual si para estos problemas no cupiera, ya, ningún desarrollo ulterior sobre las mismas bases por ella maduras. O sí, al revés, con la visita de Kelsen sólo se ha iniciado un proceso intelectual para los juristas argentinos en su contacto personal con el más grande representante del pensamiento jurídico mundial del momento, en razón de que esta visita tuviera en sí misma algún motivo más profundo que el señalado al comienzo de estas páginas, para ser apenas un episodio provisional respecto del destino a que está ligada.

El tercer protagonista de nuestra historia que se movió con antipatía egológica, ese tercer protagonista que hasta ayer nomás era anti-kelseniano cuando creía que la Teoría Pura y la Teoría Egológica eran la misma cosa y que ahora, después de anoticiarse de sus diferencias, se proclama kelseniano, ese tercer protagonista habla de un epílogo. Pero no es posible cerrar los ojos a la razón de ser de las ideas, ni es cuerdo computar un juicio crítico que nace doliente de un complejo circunstancial. Y así bienvenida la crítica que, por cierto, es requerida por la ciencia; esa crítica del saber polémico que debe a la Teoría Egológica su integración teórica a la problemática jurídica en el ámbito flamante de la gnoseología del error.

Tengo para mí que hay dos motivos poderosos para interpretar, sin riesgo, la visita de Kelsen de la otra manera, como un prólogo apenas, como el bello prólogo de una bella epifanía donde las voces graves del acompañamiento sinfónico van a ser dadas por el Maestro ge-

neroso, pero donde el *cantabile* de la partitura ha de ser modulado con acentos argentinos. Y si no me equivoco, entonces los estudiosos de nuestra tierra han de recordar por siempre, con emocionado agradecimiento, esta oportunidad munificente a ellos brindada por la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Que así podría ir desde ya este mensaje a la persona con más títulos para recibirlo, el señor Decano de la Facultad, doctor Carlos María Lascano, por haber promovido el acontecimiento con diligencia pródiga y voluntad sin falla.

Pues cabe preguntarse, por un lado, si Kelsen no tiene algo más que decir de lo que nos ha dicho; si su espíritu no recogió en los claustrales argentinos alguna sugestión fundamental, suficiente de por sí para que su alma luminosa escriba con ella alguna nueva página para la posteridad. En tal caso no ha de pasar mucho tiempo sin que sepamos cómo prosigue la historia cuyo prólogo hemos tenido la suerte de vivir.

Pero hay otro motivo más tocante para abrigar esta creencia y al que debo conferirle, a la par, el valor decisivo y el puesto de honor: Quienes han trabajado y trabajan con la Teoría Pura, en la Argentina, son los juristas egológicos; su alma está llena de leal veneración por el viejo Maestro porque aprendieron a repensar sus ideas, que es la única manera auténtica de mantenerlas vivas. Pocos o muchos, no importa; pero mientras eso siga sucediendo, la historia de la visita de Kelsen no ha terminado. Hay en la Teoría Pura un problema de la Teoría Egológica y hay toda una juventud con el corazón inflamado por la egología que ha de decidir por sí misma su destino, y no al dictado de los mentores de ocasión. Hay también un eco solidario con ella que ya resuena en Occidente en ambos lados de su mar océano. En todo esto sólo cuenta la obra científica que va quedando escrita cuando sus tesis reciben confirmación de la experiencia, por mucho que soplen en contra el viento dialéctico de las argucias intencionadas. Cuantos son los que así trabajan, pocos o muchos, bien se sabe en la Argentina; y mientras eso suceda, la historia de la visita de Kelsen no ha terminado. Cuanto más si el porvenir confirma la profecía de Brandão refiriéndose a la generación que en nuestro país está empeñada en renovar los estudios jurídicos: "la generación que merecidamente quedará conocida en la historia de las ideas por generación egológica" (16).

(16) ANTONIO JOSE BRANDAO, "Teoría do saber jurídico", en "Boletim do Ministério da Justiça", núm. 10, p. 411, Lisboa, enero de 1949.

