

A PROPOSITO DE UN LIBRO

(*Teoría de la Verdad Jurídica*. CARLOS COSSÍO. Buenos Aires, 1954)

Quien intentare explorar hoy ese sector del campo filosófico, sobre cuyo portalón de entrada figura el rótulo de *Filosofía del Derecho*, difícilmente podrá sustraerse a la impresión de haberse aventurado en una espesura laberíntica, de suelo movedizo e inseguro, de horizontes nebulosos y de veredas confusas, poblada de fantasmas y de voces discordantes. ¿Es todo ello resultado natural de la índole especial de ese terreno, de su geografía o de su clima?

Si consultamos su historia y las cartas geográficas de épocas anteriores, con sólo retroceder dos centurias hallamos que antes no era así. Desde sus orígenes grecorromanos, pasando por toda la edad antigua y media cristianas, hasta su más acabada y espléndida formulación, principalmente en los grandes filósofos y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, la filosofía del Derecho, o sea la ciencia de su naturaleza y propiedades esenciales, de sus causas o razones de ser últimas, cuyo contenido central o básico venía a resumirse en el llamado *Derecho natural*, ofrecía una continuidad y seguridad de doctrina, una nitidez de conceptos y una trabazón lógica de sistema, capaces de satisfacer plenamente a toda inteligencia bien dispuesta.

No es que no hubiera, también, en este sistema puntos menos claros o discutidos, ni otros sujetos todavía a investigación o desarrollo evolutivo—no sería ciencia humana la filosofía del Derecho si no se dieran en ella estas limitaciones—, ni es que no surgieran, de vez en cuando, graves desviaciones y aun negaciones radicales—y aun podría añadirse que apenas se dará teoría discordante moderna que no tenga ya su precedente en siglos pasados—; pero la corriente majestuosa y dominante del pensar de los jurisconsultos, del sentir de los legisladores y de la conciencia universal de los pueblos se imponía por doquier a gobernantes y a gobernados, a leyes y a instituciones, al pensamiento y a la vida. Aquella filosofía del Derecho, sintetizada en el Derecho natural y en un Derecho positivo informado o sostenido por aquél, era especulación y era realidad, era norma y era conducta, era filosofía y era historia (1).

(1) «En el corazón mismo de la filosofía del Derecho reside la pregunta por el Derecho natural. Es ésta una de las cuestiones de más interés humano, de más arraigo en el espíritu y de mayor permanencia en el sistema de la cultura occidental» (E. GALÁN Y GUTIÉRREZ: *El Derecho natural y su incesante retorno*; «Revista de Derecho Inmobiliario», n. 202 [1945], p. 168).

«Per oltre duemila anni l'idea del Diritto naturale ha avuto una parte preminente nel pensiero e nella storia dell'Occidente» (A. P. D'ENTREVÈS: *La dottrina del Diritto naturale* [Milano, 1954], p. 1).

¿De qué modo o por qué causas se ha producido, a partir sobre todo de fines del siglo XVIII, este seísmo trastornador de los más reconocidos principios y de las más respetadas valoraciones de la filosofía del Derecho, hasta desembocar, a través de la confusión y de la densa polvareda de sus ruinas, en la crisis actual de esa filosofía y aun en un agnosticismo desolador respecto de la misma?

Desde luego que esta crisis de la filosofía del Derecho ha sido facilitada, y aun provocada en parte, por la otra crisis más universal del mundo moderno en sus valores religiosos, morales, culturales, sociales, políticos y de todo género. Pero, ¿no es verdad, también, que la misma crisis jurídica es ya un elemento, y un elemento primario de la otra crisis universal? (2)

¿Cuál es la causa particular y específica de esta crisis jurídica? Cedemos la palabra al mismo autorizado profesional de la filosofía del Derecho, citado en la nota anterior (3):

«Bisogna veramente riconoscere che il Diritto del nostro tempo è un Diritto senza verità, che la attuale crisi dell'esperienza giuridica è, nella sua essenza più profonda, una crisi della verità del Diritto... Questo riconoscimento della profonda, specifica, essenza della crisi giuridica contemporanea, apre, però, un problema, un grosso problema: come ha potuto la esperienza giuridica smarrire la consapevolezza della propria verità?... Dare una risposta esauriente a questo problema, che coinvolge evidentemente la formazione stessa della coscienza giuridica contemporanea non è certo facile... Io credo tuttavia che, di fronte a questo problema, i teorici del Diritto—siano essi giuristi o filosofi—abbiano anzitutto il dovere guardare in se stessi, al lavoro que essi compiono in seno alla esperienza giuridica, e di chiedersi se, per avventura, questa crisi profonda della verità del Diritto, questo distacco sconvolgente dell'esperienza giuridica dalla propria verità, non trovi la sua genesi o, per lo meno, uno dei suoi più decisivi fattori, proprio in un oscuramento della loro funzione, essi sono, in un certo senso, i *chierici* del Diritto, i custodi gli animatori e gli interpreti della sua verità. E la sua opera non è affatto estranea all'esperienza giuridica, proprio là dove

«La tendencia del espíritu humano hacia esa noción (del Derecho natural) y sus consecuencias aparece ya manifiesta en la *Ética* y en la *Retórica* de Aristóteles... y llega a ser tradición de civilización humana, que corre sin solución de continuidad desde los maestros estoicos del Pórtico de Atenas hasta la Revolución americana de 1776 y la Revolución francesa de 1789. Aliada con la teología por muchos siglos, acogida por la Iglesia católica y parte integrante de la enseñanza general de escolásticos y canonistas...» (Sir ERNEST BARKER: *Traditions of civility*. Citado por el mismo A. P. D'ENTREVÈS, *l. cit.*, pp. 3-4).

(2) «Quando la verità del Diritto si oscura, quando il Diritto, lungi dal salvare l'azione, deve a sua volta essere difeso e salvato, il mondo storico perde la sua estrema garanzia di salvezza, la sua estrema guida obbiettiva e profonda nella crisi totale» (ENRICO OPOCHER: *Il Diritto senza verità.—Scritti giuridici in onore di Francesco Carneluti* [Padova, 1950], vol. I, pp. 180-181).

(3) *L. cit.*, pp. 182-183.

essa si eleva a coscienza di se. E' possibile supporre che la verità del Diritto sia stata colpita a morte proprio dai suoi *chierici*, che anche nel campo del Diritto si sia verificata quella *trahison des Clercs* alla quale il Benda attribuisce, come è noto, da luongo tempo la crisi della società contemporanea.»

La imputación, aunque dura, no podrá ser calificada de arbitraria. Así como *les clerics*, los intelectuales de la cultura en general, han sido los primeros responsables de los desvaríos de las sociedades y de las masas populares y, desde luego, de la desvalorización humana de esa misma cultura, igualmente han sido los intelectuales del Derecho, filósofos y juristas, los que han vaciado a este Derecho de su contenido de verdad, convirtiéndose a sí mismos, de ministros augustos y cuasi sagrados de aquella especie de sacerdocio, que decía el *Digesto* (4)—*merito quis nos sacerdotes appellet*—, custodios de los más altos valores de la justicia, en meros leguleyos, o técnicos de una legalidad puramente formalista, al servicio de la política, de la fuerza, de los intereses o, cuando más, de las filosofías de moda, flores de un día, que hemos visto desfilar por la pantalla de estos dos últimos siglos, con la pretensión orgullosa de captar las miradas de la humanidad, pero con la actualidad efímera de unos cuadros de película.

Desde luego que han sido los filósofos los primeros, a su vez, en extraviar a los juristas. Pero si la falta de sentido de responsabilidad en aquéllos y, en no pocos casos, su falta del más elemental sentido común (5); sus manías iconoclastas y su orgullo infatuado, por el que cada uno de ellos se ha creído llamado a inventar una filosofía nueva, con desprecio de todo lo anterior, como diciendo: la filosofía empieza en mí; no admiten excusa, admiten tal vez la atenuante de que sus especulaciones teóricas eran, en sí mismas e inmediatamente, eso: simples teorías, cuando no mero juego entretenido o cubileteos de ideas. Quizás en su fuero interno y acordándose del dicho de Voltaire sobre la incapacidad de los filósofos para influir en la conducta de los vecinos de su propia calle llegaron a pensar más de una vez: la verdad es que de todo esto que vamos diciendo nadie hará caso alguno.

Pero los juristas eran depositarios de unos valores esencialmente prácticos, vitales; los encargados de manejarlos y aplicarlos. Estos valores eran los que informaban la vida toda de la civilización occidental, de sus organizaciones sociales y políticas, de sus leyes, de sus instituciones, de sus costumbres, de

(4) *Dig. l. I, tit. I, De Justitia et Jure.*

(5) Es lástima que los filósofos modernos hayan dejado, con demasiada frecuencia, de tener presente aquel dicho de BALMES, que bien vale por toda una profunda filosofía: «Si no puedo ser filósofo sin dejar de ser hombre, renuncio a la filosofía y me quedo con la humanidad» (*Obras completas* [Barcelona, 1925], t. XVI, p. 347).

la familia y de las relaciones entre los individuos. Y estos valores no se los puede tirar, un buen día y alegremente, por la ventana, en un ensayo juglaresco o en un prurito de moda o de novedad (6).

Entre las múltiples y discordantes teorías en torno al Derecho, que hacen hoy más o menos ruido entre juristas y filósofos, la más reciente en el tiempo y con declaradas pretensiones de originalidad, es la llamada *Teoría egológica del Derecho*, del señor CARLOS COSSÍO, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Esa teoría la expone su autor en un volumen titulado *La Teoría egológica del Derecho* (Buenos Aires, 1944) (7); y en el libro *Teoría de la Verdad Jurídica*, al decir del propio autor (*Prefacio*), nos ofrece éste «el punto central de la investigación egológica sobre el Derecho».

Cuando el señor Director de REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO nos propuso hacer la recensión de esta última publicación, si es que teníamos «tiempo y ganas de *hincar el diente*» en ella, quisimos ver en esta frase una advertencia sobre la no fácil tarea que se nos ofrecía.

Efectivamente, la teoría y el pensamiento todo del señor COSSÍO son difíciles de captar. Ya el mismo prologuista de *La Teoría egológica del Derecho*, O. ERICH LANGFELDER, empezaba diciendo: «El autor de este libro necesita ser presentado no porque no sea conocido, sino porque generalmente no es entendido» (8).

(6) Como hemos dicho arriba, son los filósofos los que han extraviado a los juristas; o, en otra forma, es la falta de una recta formación filosófica la que se echa de menos en muchos juristas, y el origen de la desorientación ideológica en la que los vemos debatirse, y de la crisis del Derecho a que nos hemos venido refiriendo. Esta recta formación filosófica no es cosa fácil de adquirir. Requiere, si verdaderamente ha de capacitar la mente para enjuiciar, con alguna garantía de acierto, los hondos problemas del ser y del conocer, largos estudios, maduras reflexiones, austera disciplina de la inteligencia, talento sutil y comprensivo a la vez, equilibrio espiritual y amor desinteresado a la verdad, para no dejarse llevar de los espejismos de la imaginación, ni de las seducciones de la vanidad o de la moda. Ahora bien; gran parte de los juristas—no todos, desde luego; hay excepciones, tanto más honrosas cuanto menos frecuentes—, de una cultura general tal vez no común, de una pericia técnica en el manejo de la legislación positiva quizás eminente, y aun de un conocimiento de la historia de la filosofía rico en erudición, aunque deficiente en crítica; esos juristas, decimos, cuando se meten a filósofos del Derecho, dan la impresión más bien de *aficionados*. Y si a esto se añade que su filosofía se reduce a una selección entre las que están más de moda, tomando esto de una, esto de la otra y esto de la de más allá, sin garantía de criterio para el que no están capacitados, nada de extraño que el resultado sea esa babel de teorías del Derecho que la historia nos ofrece. De ahí que algunos tan señalados, para no citar a otros, como Gény entre los modernos y Vico entre los jurisconsultos de épocas anteriores, cuenten de sí mismos que, habiendo empezado el estudio del Derecho como simples juristas, comprendieron la necesidad de fundamentarlo con el estudio de la metafísica.

(7) Una síntesis de la misma la publicó el propio señor COSSÍO en «Información Jurídica», n. 42 (noviembre 1946), pp. 48-91, bajo el título: *Norma, Derecho, Filosofía*.

(8) Y el propio Kelsen, de quien COSSÍO se reconoce, en parte, tributario y con quien, por escrito y oralmente, ha discutido sus puntos de vista, dice más de una vez que «no es muy claro lo que entiende el profesor COSSÍO» (p. 12); que «tal vez en

Una terminología especial, informada por un sistema o conjunto de principios y de conceptos derivados principalmente de las filosofías de Kant, de Husserl y de Heidegger (9), junto con cierta vaguedad o falta de precisión en el contenido de aquellos conceptos, hacen con frecuencia, aun en puntos sustanciales de la teoría, nebuloso y casi inasequible el pensamiento exacto del señor Cossío.

Intentaremos presentarlo, aunque no estemos seguros de conseguirlo en todos los casos, con la mayor fidelidad posible. Y como no quedaríamos tranquilos en conciencia de haber logrado esta fidelidad, traduciendo en palabras y conceptos nuestros los del señor Cossío, hemos preferido hacerlo con sus propias palabras, aun cuando ello haya de alargar la referencia con cansancio del lector. En cambio, tendrá éste la ventaja de conocer en sus fuentes mismas la mentalidad y la manera de filosofar del señor Cossío.

* * *

Ya en el *Prefacio* (10) nos llama la atención el señor Cossío sobre «la síntesis universal que ha logrado la *Teoría egológica del Derecho*. Pues hay en ella algo germano, angloamericano y latino». Y, concretando en los párrafos siguientes, viene a decir que de lo germano ha tomado la «conceptuación», «pero no más que la conceptuación»; de lo angloamericano ha tomado «la experiencia jurídica», el «Common Law», y de lo latino ha tomado «el elemento escurridizo de la intuición».

Hecha esta previa declaración, pasa el señor Cossío a explicarnos en el capítulo I (11) «la circunstancia de la aparición egológica». Después de distinguir dos concepciones diversas de la ciencia del Derecho: la de los que consideran esta ciencia como «normativa porque suministra normas» de com-

castellano resulte más claro que en alemán lo que el profesor Cossío quiere decir con todo esto» (p. 17); que algunas de sus proposiciones «son palabras sin sentido» (p. 34) (HANS KELSEN: *Teoría pura del Derecho y Teoría egológica*; «Revista de Estudios Políticos», n. 7 [septiembre-octubre 1953], pp. 3-39).

(9) L. LEGAZ Y LACAMBRA, quien decía, en 1947, honrarse con la amistad del señor Cossío y haber mantenido con él, desde hacía quince años, frecuente contacto e intercambio epistolar e intelectual, describe así la posición ideológica de éste (*La concepción egológica del Derecho*; «Información Jurídica», n. 53 [octubre 1947], p. 3): «Formado (Cossío) en el kelsenismo, su pensamiento ha atravesado y hecho suyas todas las vicisitudes del más riguroso neokantismo jurídico, hasta desembocar—a lo largo de un proceso (no plenamente logrado) de evasión, que parcialmente recuerda el de Ortega—en las orillas de una ontología vitalista, en la que se integran puntos de vista de la filosofía existencial (en el sentido más amplio de la palabra, que comprende de Dilthey a Ortega, pasando por Heidegger) y resonancias que, sin duda, proceden del idealismo actualista de Gentile.»

(10) *Teoría de la Verdad Jurídica*, p. 10.

(11) *L. cit.*, pp. 19 ss.

portamiento; y la que la estima «normativa porque conoce normas», continúa (12):

«A primera vista, estas dos significaciones de ciencia normativa parecen cerrar el horizonte completo donde no cupiera una tercera posibilidad... Pero precisamente el horizonte cerrado que así parece deslindar esta calificación nos es útil para situar la tesis egológica en toda su trascendencia, haciendo ver que ella recoge el problema universal desde su propia raíz y que lo replantea por su cuenta con un giro que no es tributario de ninguna de las ideas jurídicas hasta hoy conocidas. Pues, en efecto, la teoría egológica del Derecho da de la expresión «ciencia normativa» una tercera versión: la ciencia jurídica es ciencia normativa porque conoce su objeto mediante normas; no porque suministra normas, ni porque conoce normas. El objeto a conocer por el jurista será la conducta humana y esa función de mediación en el conocimiento que se asigna a las normas denotaría simplemente el carácter de mención significativa que tienen siempre los conceptos en todo conocimiento científico.»

Dando por definitivamente caducada y enterrada la escuela del Derecho natural—esta idea la repetirá con frecuencia, como un estribillo, el señor Cossío—, describe, en unas veintitantas páginas (13), la historia y las vicisitudes, tal cual él las ve, de las varias teorías, que se han ido sucediendo durante el siglo XIX y lo que va del presente: El historicismo de Savigny; el racionalismo alemán de Ihering, Windscheid y Plank; la llamada escuela exegetica francesa; la teoría social o de intereses de Duguit y Hauriou; el novísimo positivismo jurídico... para sintetizar el panorama en esta visión desoladora (14):

«La desorientación teórica es inmensa. Con la sola excepción de la tentativa kelseniana, los juristas no han emprendido aún la previa faena de una reflexión filosófica sobre el Derecho, verdaderamente radical y propia, que les indique con responsabilidad a qué han de atenerse en su situación y en su tarea.»

Más abajo continúa (15):

«Ya puede apreciarse que en este panorama caótico de la teoría jurídica hay una escisión fundamental... El Derecho es norma o el Derecho es hecho; tal es el dilema.»

(12) *L. cit.*, p. 20.

(13) *L. cit.*, pp. 21-24.

(14) *L. cit.*, pp. 38-39.

(15) *L. cit.*, p. 39.

Y dos páginas más adelante (16):

«Pero a pesar de los esfuerzos extremos de Kelsen y de Frank para excluir del estudio de uno de aquellos términos todo lo concerniente al otro, es lo cierto que la antítesis de norma y hecho revierte la una al otro en un indefinido retorno, en círculo imposible de eludir.»

¿No habrá alguna solución armónica para todas esas desorientaciones, panoramas caóticos y antítesis?

«La esperanza culturalista (17)... Muy en las alturas hay una pequeña nube promisoría que no parece avanzar. Desde 1914, Radbruch ha estado llamando la atención acerca de que el Derecho como objeto es cultura... Sin embargo, esta verdad no ha pasado de ser una verdad filosófica. Ninguna repercusión técnica ha tenido en el seno de la ciencia dogmática del Derecho... La verdad filosófica de que el Derecho es un objeto cultural, resulta, así, una verdad bloqueada para la tarea científica que cumplen los juristas. Lograr su desbloqueo ha sido la faena de la teoría egológica.»

La exposición de este desbloqueo será el objeto del capítulo II: «El ser del Derecho». En una larga disquisición descriptiva, dentro siempre de la filosofía fenomenalista de Husserl y existencialista de Heidegger, distingue el señor Cossío cuatro clases de objetos: objetos culturales, objetos ideales, objetos de naturaleza y objetos metafísicos; posteriormente distinguirá los objetos culturales en mundanales y egológicos (18):

«Los objetos culturales se contraponen a los objetos ideales en cuanto que los primeros son reales y los segundos irrales. Es decir, que los objetos culturales tienen existencia, esa efectiva existencia que se delata por la percepción sensorial y cuyo «estar ahí» de presencia es indefinible, pero indubitable; en tanto que los objetos ideales son sin existir, simplemente consisten en esto o en aquello, según los revela la percepción intelectual..., considérese un concepto o un número; el concepto «agua» o el número 4; consisten en algo muy preciso, pero no existen en ninguna parte... Los objetos culturales se contraponen a los objetos que integran la Naturaleza en cuanto que aquéllos son valiosos y éstos neutros al valor... Por último, los objetos culturales se contraponen a los objetos metafísicos en cuanto que aquéllos están en la experiencia porque son en el tiempo, en tanto que los segundos están más allá de toda experiencia posible.»

(16) *L. cit.*, p. 41.

(17) *L. cit.*, pp. 44-45.

(18) *L. cit.*, pp. 63-64.

Volvamos a la distinción apuntada, en los mismos objetos culturales, en objetos mundanales y objetos egológicos (19):

«Si limitamos nuestra atención al substrato de los objetos culturales, en un caso lo encontramos constituido por un pedazo de Naturaleza. La vida del hombre puso su atención en ese pedazo de Naturaleza y se posó en él. A veces se posó en él sólo con su interés, como en el ejemplo del mojón o cuando se habla de un paisaje; otras veces se posa más activamente, corroyendo los contornos de la naturaleza, dándole formas que quedan como huellas de su paso. Así hace un hacha, una vasija, una melodía, un soneto, un libro, una teoría científica o filosófica, cuyo substrato se remite al substrato físico de las palabras. Estos substratos tienen la misma existencia de la Naturaleza, es decir, una existencia independiente del hombre; y los objetos culturales que éste crea en ellos pasan a integrar el mundo humano... Por eso hemos llamado objetos mundanales a este primer grupo de objetos culturales... Los objetos mundanales son, con este alcance, vida humana objetivada... Pero hay otros objetos culturales cuyo substrato es la propia acción o conducta humana; ahora se trata de la corporización de un sentido que es el sentido del comportamiento mismo; ahora se predica de la conducta misma el ser buena o perversa, educada o guaranga, justa o injusta, eficiente o ineficiente, etc... Llamamos a esto objetos egológicos, porque siendo conducta el substrato de ellos, la conducta es inseparable del ego actuante: en el substrato de estos objetos hay un ego como ego. Y valga lo que se ha dicho como una primera justificación del neologismo, que nos permitirá adjetivar sin recurrir a los peligrosos y equívocos adjetivos de sujeto o de persona.»

Siguen unas cuantas consideraciones, que el propio señor Cossío resume así (20):

«Ahora podemos decir con mayor precisión, para ver las diferencias: la intuición sensible, con independencia inductiva, nos conecta con un objeto óntico cuando hablamos de la Naturaleza. La intuición sensible, con dependencia dialéctica, nos conecta con un substrato óntico cuando hablamos de los objetos mundanales. La intuición sensible, también con dependencia dialéctica, nos conecta con un substrato óntico-ontológico cuando hablamos de los objetos egológicos. Pero, además, sólo en los dos últimos casos la intuición emocional nos conecta con un sentido, allá girando en torno a valores de cosas y aquí girando en torno a valores de conducta.»

(19) *L. cit.*, pp. 69-70.

(20) *L. cit.*, p. 74.

Y con esto tenemos preparado el terreno para entender cuál es, según la teoría egológica, la definición o el ser genérico del Derecho (21):

«En este punto ya podemos recoger un fruto verdaderamente decisivo del examen analítico que llevamos realizado. Podemos pronunciarnos sobre el ser genérico del Derecho con una fuerza de convicción tan completa, que nos sentiríamos como colocados en un brete si intentáramos ponernos en disidencia. En efecto, si el Derecho es algo que hace el hombre actuando según valoraciones; es decir, si el Derecho es cultura y si la ciencia del Derecho es una ciencia de realidades, pregunto simplemente cuál es el substrato del Derecho como objeto. Es directa la evidencia de que el substrato del objeto que se conoce como Derecho no es ningún pedazo de Naturaleza. De consiguiente, aun prescindiendo de la intuición que lo confirma, tiene que admitirse que ese substrato es la conducta humana, ya que no hay términos medios... Esta conclusión ha de entenderse en todo su rigor. Cuando se ha dicho que la conducta humana es el substrato del objeto que se conoce como Derecho, se ha dicho lisa y llanamente que el Derecho es conducta, pues el sentido que integra un objeto cultural está compenetrado con su substrato en la relación de lo expresado y la expresión... De ninguna manera queremos decir que el Derecho se refiere a la conducta, en el sentido de que, sin ser conducta, tendría en ella, sin embargo, su campo de actuación y a ella estaría dirigido. Nosotros decimos que el Derecho es conducta... El Derecho como objeto está en la conducta, porque él es conducta... Estamos avanzando por la ontología jurídica en pleno. Ya nos hemos posesionado de sus dos esencias genéricas, la cultural y la egológica. Busquemos ahora la esencia específica que cerque con exclusividad el área donde tenemos que radicarnos.»

Esta esencia específica la formula así el señor Cossío (22):

«El Derecho, pues, ónticamente hablando, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva... Con la intersubjetividad óntica del Derecho está apresada su dimensión coexistencial y no meramente existencial... Resulta, pues, que la ontología jurídica abarca toda la conducta... El Derecho, como la Moral, abarca toda la conducta y toda acción contiene su aspecto jurídico y su aspecto moral independientemente, pues cada acción puede ser captada como conducta en interferencia intersubjetiva o como conducta en interferencia subjetiva... Es verdad que nadie puede impedirme de pensar lo que se me ocurra en mi intimidad; pero esto no significa que este acto escape al ámbito jurídico por falta de conducta en interferencia intersubjetiva. La interferencia intersubjetiva existe en cuanto se me permite pensarlo.»

(21) *L. cit.*, pp. 74-76.

(22) *L. cit.*, pp. 81-82.

Explicado así el ser, tanto genérico como específico, del Derecho, pasa, finalmente, el señor Cossío a examinar lo que él llama el sentido egológico de la conducta jurídica (23):

«Examinemos ahora el sentido egológico. Los valores jurídicos no son todos los valores de persona; sólo son aquellos que pueden superponerse con entera correspondencia a la estructura de alteridad óptica que acabamos de analizar. Tradicionalmente se los ha reconocido como valores bilaterales. Así, se hablaba en primer término de la Justicia... Sin embargo, limitar a la Justicia el sentido axiológico del Derecho es estrecharlo sin ninguna razón suficiente. Todo valor bilateral de conducta es un valor jurídico... Sobre esta base la Teoría egológica ha incorporado a la axiología jurídica todos los valores bilaterales de conducta y ha hablado de un plexo axiológico en el Derecho. Integran ese plexo siete valores fundamentales: El orden... La seguridad... El poder... La paz... La cooperación... La solidaridad... La Justicia... Este plexo no es lineal, sino radiado. Fácilmente se advierte en él la posición central de la justicia, que acompaña como una sombra a todos los otros valores del mismo.»

Y bien; en todo esto, ¿cuál es el papel o la función de la norma en el Derecho? Esto es lo que tratará de explicarnos el autor de la teoría egológica en los capítulos III y IV. En el capítulo III, a través de veintiséis páginas de complicados análisis, dentro de una mentalidad y de una terminología, según ya hemos apuntado, marcadamente husserlianas y existencialistas, viene a desembocar en la siguiente conclusión (24):

«La norma, pues, viene a resultar el conocimiento de sí misma con que la conducta se integra, una vez que este pensamiento sea explicitado objetivamente y luego conceptualizado.»

Tal vez se le hará difícil al lector no ya el asentimiento a esta conclusión, sino la misma captación del pensamiento del señor Cossío. Veamos si logra aclarárnoslo en el capítulo IV, en el que su propio autor empieza por reconocer que ese su pensamiento ofrece cierta anormalidad poco corriente (25):

«Es verdad que el planteamiento *egológico* ha llegado a una especie de herejía epistemológica, a saber: que la norma integra el objeto de que ella misma hace mención; o diciéndolo de otra manera, que la conducta se integra con el conocimiento normativo de sí misma.»

(23) *L. cit.*, pp. 83-84.

(24) *L. cit.*, p. 119.

(25) *L. cit.*, pp. 125-126.

Pero más adelante, el mismo señor Cossío nos ofrecerá la explicación, que él estima totalmente clara, del problema o, al menos, del papel que la norma desempeña en el Derecho (26):

«Como la norma integra la conducta de la que ella misma hace mención, ahora se advierte con toda claridad cuál es el papel constitutivo de la experiencia jurídica que desempeña la norma; aunque este papel sea fundado. El ser del Derecho no está en la norma; sólo está en ella el modo de ser: la norma juega un papel fundado, pero constitutivo. Para saber qué es Derecho y qué no lo es, no necesitamos recurrir a ninguna norma jurídica. Al jurista le basta encontrarse con una conducta en interferencia intersubjetiva para tener la certeza apodíctica de que se ha encontrado con el objeto propio de su interés teórico; le basta que a la conducta haya de considerarla en cuanto a su impedibilidad para saber *a priori* que esa conducta es o bien permitida o bien prohibida y que su juicio acerca de la licitud o ilicitud de la misma ha de proceder. Pero lo que el jurista no puede saber sin la norma es cuál de ambas calificaciones procede por más que sepa que una de ellas tiene que proceder. Lo que el jurista no puede saber sin la norma es si esa conducta, con ser Derecho, es facultad, prestación, entuerto o sanción... La teoría egológica resulta ser, con esto, la única concepción jurídica que sabe qué hacer con la norma y qué hacer con la conducta, sin hacer perder su normatividad a la primera ni hacer perder su efectividad a la segunda.»

Los dos últimos apartados de este capítulo IV están dedicados a la «Crítica fenomenológica del Imperativismo» y a la «Crítica total del Jusnaturalismo». Como más adelante habremos de volver de propósito sobre estos puntos, continuaremos ahora con la exposición del pensamiento egológico.

En el capítulo V, entre varias disquisiciones del ya consabido sabor fenomenológico-existencialista, se van dejando consignadas las siguientes afirmaciones (27):

«Para aludir a la existencia del Derecho, los juristas recurren a palabras de todos conocidas. Hablan de positividad, de vigencia, de eficacia, de observancia, de facticidad, de efectividad del Derecho. Sin embargo, en ninguna parte de la literatura jurídica es más grande el caos conceptual de los autores... Es que el problema, tal como se lo enfoca, tiene el vicio característico de todo pseudo-problema. En efecto, se parte dogmáticamente de la oposición entre hecho y norma... La teoría egológica resuelve esta dificultad haciendo desaparecer el problema mismo, pues si el Derecho es conducta, entonces la referencia a la positividad que ha de hacer la doctrina no es ningún añadido misterioso; la po-

(26) *L. cit.*, pp. 138-139.

(27) *L. cit.*, pp. 180, 181, 182, 183, 184, 185, 200, 201.

sitividad viene en la conducta misma en cuanto hecho y es simplemente su existencia... Ahora bien; sólo existe lo individual... Sería un tremendo error creer que el plano verdaderamente científico del conocimiento dogmático concluye con la exposición sistemática de las normas generales de un régimen positivo... Esto implicaría la creencia de que las normas son el objeto del conocimiento jurídico, como es la falacia racionalista... El conocimiento dogmático va a definirse como un conocimiento de casos..., de singularidades..., de realidades..., todo el conocimiento científico del Derecho gira en torno a la función judicial..., el mundo valorativo personal del juez es un dato inexcusable para la ciencia del Derecho. El buen juez tiene que tener la aptitud de captar las valoraciones vigentes en la sociedad de la que él es órgano.»

Y termina este capítulo V planteando el problema de la verdad jurídica (28):

«Si la verdad está fundada en algo, esto quiere decir que el horizonte de la verdad jurídica está demarcado por la justicia... El horizonte de ese campo acaba de definirse. Busquemos en él la verdad jurídica como verdad.»

Esta búsqueda la habrá de emprender el señor Cossío en el capítulo VI y último de su libro. Veamos cómo (29):

«Hemos de tomar como punto de partida el hecho cierto de que a veces nos encontramos con sentencias judiciales que nos convencen, que tienen fuerza de convicción; y otras veces con sentencias que carecen de ella, que no nos convencen de ninguna manera... En el problema de la verdad de una sentencia, la verdad toma el modo de fuerza de convicción... Si alguna se presenta con fuerza de convicción, ha de haber alguna razón suficiente para ello... Hasta aquí nuestras investigaciones nos autorizan a afirmar lo siguiente: Sin norma genérica para subsumir en ella el caso, no hay fuerza de convicción jurídica; pero no basta la norma genérica para que la haya... Hay fuerza de convicción procediendo de acuerdo a las valoraciones jurídicas vigentes. Se convencerá en la medida en que se haga justicia... Pero las valoraciones, siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal que regirse por valores objetivos. A su vez, la posibilidad de la objetividad radica, de acuerdo con Husserl, en que la vivencia cognoscente se constituya no sobre un yo como sujeto, sino sobre un nosotros como sujeto. Sin embargo, en el ámbito de la ciencia nos bastará atenernos a la intersubjetividad empírica... Esta intersubjetividad del conocimiento axiomático se da preclaramente entre los juristas... Pero no deja de darse también en la concordancia popular de opiniones como dato social obje-

(28) *L. cit.*, p. 215.

(29) *L. cit.*, pp. 224, 242, 245, 246.

tivo, en cuanto que el Derecho vive en el pueblo no sólo como creencia y sentimiento, sino también, en algún grado, como conocimiento. En este sentido, los valores objetivos de la valoración jurídica son fundamentalmente históricos. Por consiguiente, habrá fuerza de convicción científicamente hablando, cuando la sentencia judicial ajuste su valoración a patrones históricos vigentes.»

Cierra su volumen de la *Teoría de la Verdad Jurídica* el señor Cossío con un *Apéndice* de tono polémico para defenderse de la acusación, que por algunos se ha hecho a su teoría, de tendencias racistas o nacionalistas. Dado ese carácter, creemos poder prescindir de especificar más su contenido, aun cuando más adelante hayamos de hacernos cargo de algún razonamiento del mismo.

* * *

No sabemos si el lector habrá tenido el aguante suficiente para seguimos hasta aquí en la lectura de los textos transcritos. Pero podemos certificarle de que hemos procurado seleccionar los menos nebulosos o menos imprecisos, en orden a dar una idea del contenido sustancial del pensamiento egológico; y que lo que le hemos ahorrado de las consideraciones o razonamientos que anteceden, acompañan o siguen a los textos copiados, aun le hubiera exigido un aguante mucho mayor.

Hacer una crítica razonada de las múltiples, variadas y, con frecuencia, desconcertantes facetas de toda esa ideología filosófica-jurídica seguramente nos llevaría a rebasar las trescientas y pico de páginas del volumen del señor Cossío. Como ello no es posible, nos limitaremos a señalar como muestra, acompañadas de un breve comentario, alguna que otra idea o posición, bien de tipo filosófico, bien de tipo jurídico, del pensamiento egológico.

Ya en las primeras líneas del *Prefacio* (30), nos había dicho el señor Cossío que no le «interesa la Filosofía del Derecho»; que le «interesa únicamente la Filosofía de la Ciencia del Derecho». Y aunque, a renglón seguido, añade: «No quiero decir que me desligo de la Metafísica, porque esto es imposible al hombre, siendo el hombre mismo un animal metafísico», ¿no serán las primeras frases un resabio de la iniciación del señor Cossío, aludida por LEGAZ Y LACAMBRA (31), bajo la prestigiosa influencia de Kelsen, en el positivismo formalista de la Escuela de Viena? En todo caso, su metafísica se revela bien pobre, y apenas excede de un empirismo o vivencia existencialista.

(30) *L. cit.*, p. 9.

(31) Cfr. nota 9. Siempre que usemos en las citas la sigla *Cfr.*, nos referimos a notas o páginas de este nuestro estudio; al usar la de *L. cit.*, nos referiremos, como lo venimos haciendo, al libro *Teoría de la Verdad Jurídica*.

Véase, como muestra, la descripción, tan falta de precisión filosófica y aun inexacta o equívoca en gran parte, que hace el señor Cossío de los objetos por él llamados ideales, de naturaleza, metafísicos y culturales. De los objetos culturales dice que «son valiosos», en tanto que los de naturaleza son «neutros al valor» (32). Pero, ¿es que el sol, el aire, el agua, objetos de naturaleza, no tienen un valor de utilidad, como pueden tenerlo un hacha o una vasija, objetos culturales, según el señor Cossío? O si una estatua, un cuadro, objetos culturales, pueden ser bellos, ¿no lo son también un pájaro, una flor, un cielo estrellado, objetos de naturaleza?

Dice también el señor Cossío que los objetos culturales, a diferencia de los ideales y metafísicos, «están en la experiencia», que llegamos a ellos por la «percepción sensorial», por la «intuición sensible» (33). En realidad, la percepción o intuición sensible sólo nos puede dar volúmenes, movimientos, fenómenos acústicos y términos, figuras, colores..., únicas cosas que pueden percibir los sentidos. En los objetos culturales, y en particular en la conducta humana, hay otros muchos elementos: fondo sustancial, personalidad, moralidad, juridicidad..., que sólo pueden ser objeto de la intuición o, mejor, del discurso intelectual, apoyado éste en los principios metafísicos de identidad, contradicción, razón suficiente, causalidad..., si bien este discurso lo haga la inteligencia de una manera natural y fácil y, a veces, casi instantánea. En verdad, no creemos que sea otro el pensamiento del señor Cossío, aunque sus expresiones sean equívocas. Mas, por lo mismo, no resulta justificada la oposición radical que en esto establece con los objetos ideales y metafísicos, ya que también en el conocimiento de éstos se arranca, como enseña la verdadera filosofía perenne, de unos hechos o realidades de experiencia, y también en ellos se da, y con harta frecuencia, la intuición intelectual—basta recordar los principios metafísicos antes aludidos—y mucho más los discursos naturales, fáciles e instantáneos.

Mucho menos está justificada la desvalorización en el mundo de lo real, a que el señor Cossío parece condenar los objetos metafísicos e ideales. De los primeros dice—como veremos más adelante, al hablar del jusnaturalismo—que no «son cosas de las que haya alguna intuición sensible que las abone»; y de los ideales dice expresamente que son «irreales», que «no existen en ninguna parte» (34), y pone el ejemplo del concepto «agua» y del «número 4».

Hay aquí una confusión lamentable, debida a ignorancia del verdadero sentido y valor de la abstracción. «El agua», «el número 4», son abstracciones

(32) Cfr. p. 723.

(33) Cfr. p. 723.

(34) Cfr. p. 723.

de objetos o realidades que existen verdaderamente en el mundo externo; sólo que se las concibe—y en esto precisamente consiste la abstracción—no con toda la realidad con que se concretan en ese mundo externo, sino en parte de esa realidad, la que es esencial o la que interesa en el caso dado. Los conceptos humanos rara vez, o quizás nunca, son comprensivos de toda la realidad de la cosa. Pero esa parte de realidad que el concepto humano capta o representa es efectiva y plenamente real. El líquido representado por el concepto agua existe realmente, con toda su plenitud entitativa, en todas las fuentes, en todos los mares. El número 4 se da y se verifica realmente en las cuatro ruedas del automóvil, en las cuatro patas de la mesa, en las cuatro estrellas del carro de la Osa Mayor. Es verdad que el agua con que topamos en el mundo externo será siempre fría o caliente, turbia o clara, remansada o corriente; y los cuatro objetos o unidades que integran el número 4 serán ruedas de automóvil, o patas de mesa, o estrellas del cielo... De todas estas particularidades o elementos individuantes ha prescindido—sin negarlos—el concepto formado por abstracción. Pero el elemento, con que él se ha quedado, es perfectamente objetivo y real; y aún más real que aquellos otros particulares o individuantes; ya que éstos se dan tan sólo en el caso concreto, y aquél se da en todos los casos en que su esencia se verifica.

Como la filosofía fenomenológico-existencialista del señor Cossío le lleva a encerrar toda su ciencia jurídica en la experiencia, en la intuición sensible, en las vivencias existenciales; como todo lo que cae fuera de este orden son para él *ideologías* sin garantía de «intuición sensible que las abone», u objetos ideales sin realidad alguna; y como las mismas normas generales forman parte de estos objetos ideales, de ahí su tesis de identificar el Derecho con la conducta humana para dar a éste un contenido real, verificable en la experiencia.

Y de ahí también su afirmación (35) de que la ciencia del Derecho es una ciencia «de casos», «de singularidades», «de realidades»; sin reparar en que con ello destruye el mismo concepto de ciencia. Es verdad que toda ciencia práctica, como el Derecho, se ordena a la resolución de los casos singulares y concretos; pero esto lo habrá de hacer, para merecer el nombre de verdadera ciencia, en virtud de principios y reglas o leyes generales, de algún modo sistematizadas. La mera yuxtaposición de hechos o casos singulares podrá ser obra de un coleccionista; pero no la de un científico.

La tesis, tan repetida por el señor Cossío y tan fundamental en toda su teoría, de que el Derecho es «conducta humana interferencial (36) intersub-

(35) Cfr. p. 728.

(36) Esta interferencialidad intersubjetiva o alteridad de la conducta humana, en relación a otros sujetos, necesaria, según el sentir unánime tradicional, para que-

jetiva», creemos será una de las que más dificultades habrá de encontrar, para su aceptación, entre los juristas. Al contrario, el sentir unánime de éstos, en todos los tiempos, ha sido que el Derecho es algo normativo y la conducta algo normado; el Derecho algo obligante y la conducta algo obligado; que la ley o norma es Derecho, y la conducta, materia regulada por la ley (37).

Reconoce el propio señor Cossío (38) que el jurista no puede saber, sin la norma, qué calificación de la conducta procede en Derecho: «Lo que el jurista no puede saber sin la norma es si esa conducta es facultad, prestación, entuerto o sanción.» Mas si la norma es la que nos da toda la calificación jurídica de la conducta, porque en ella está «el modo de ser» del Derecho, es decir, todos los modos de ser del Derecho, ¿cómo podrá dejar de ser ella el elemento esencial de este Derecho? Suponiendo que todos los colores posibles fueran los siete del espectro, ¿cómo podría ser una cosa colorada sin ser o

esa conducta humana pueda caer dentro del campo del derecho, el señor Cossío la entiende, además, como conducta o hacer «compartido» (*L. cit.*, p. 80); ya que «eso que hago yo va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide». Así, por ejemplo, «mi hacer (si yo transporto un libro) 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 el hacer resultaría un hacer compartido si lo impidiera».

Toda esta ideología tiene un sabor acusado de ficción y de arbitrariedad. Si el otro no me impide transportar el libro, él, simplemente, no hace nada; tal vez está durmiendo. ¿Cómo puede compartir ese «hacer único»: el transporte del libro? Además, puesto que los que no me lo impiden son todos los demás hombres, ¿es que todos ellos comparten mi hacer? Y si me lo impiden, el que no hace nada soy yo, no hay tal transporte del libro. ¿O es que comparto yo su conducta de impedir? ¿Cómo puede ser el mismo «co-hacer», según dice el señor Cossío más adelante (página 83), el del delincuente y el de su víctima, por ejemplo, el del asesino y el del asesinado? En el primero hay conducta humana, desde luego antijurídica, libre e intersubjetiva; pero en el segundo no hay tal conducta humana de ninguna clase; no hay más que el hecho fisiológico de morir. Y aun resulta más extraña esta posición del señor Cossío o esta exigencia de conducta compartida en toda conducta jurídica, cuanto que él mismo afirma, por otra parte, que «el pensar lo que se me ocurre en mi intimidad» cae dentro del ámbito jurídico (p. 82). ¿Es que ese pensar íntimo mío lo comparten también, como «único hacer», los demás hombres?

(37) Suponemos que los discípulos del señor Cossío, cuando oyen la explicación de las leyes contenidas en los Códigos argentinos, están en la convicción de que se les está explicando algo que es verdadero Derecho.

Como dice el propio Kelsen (*Teoría pura del derecho y teoría egológica*; «Revista de Estudios Políticos», n. 71 [septiembre-octubre 1953], p. 22): «Es claro que a nadie se le puede impedir dar una significación arbitraria a una palabra determinada. Pero si la teoría egológica entiende por derecho la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, se refiere a un objeto diferente al de la ciencia jurídica en general.» Si, pues, «afirma (Cossío) que con la «interferencia intersubjetiva» ha definido el concepto de Derecho, es evidente que entiende por «Derecho» algo enteramente distinto de lo que la ciencia jurídica entiende y ha entendido siempre como tal.»

(38) Cfr. p. 727.

antes de ser o roja, o anaranjada, o amarilla o de algún otro color de los siete? (39)

Otra muestra de la mentalidad y manera de razonar del señor Cossío que-remos ofrecer al lector, tomada de lo que dice en el *Apéndice* de su libro al tratar de fundamentar el principio jurídico: *nulla poena sine lege* (40). Em-pezia por determinar lo que es razón o racional:

«La razón está ligada a la igualdad, como advirtieron los filósofos pitagóricos por primera vez. Precisamente se la define por identidad. El principio de identidad A es A, primero de los supremos principios de la Lógica, es, por excelencia, la expresión de lo puramente racional en su inmediata evidencia intelectual. La aritmética, por ejemplo, arquetipo de ciencia racional, comprueba muy bien aquel ligamen, puesto que avanza afirmando igualdades: $2 + 2 = 4$ (41). La igualdad es, en consecuencia una forma de razón.»

Esto supuesto, razona así: las sanciones jurídicas de nulidad del acto y de indemnización son «racionales», porque giran en torno «a lo igual». No así la sanción de castigo,

«que emerge *irracionalmente* con la desnuda fuerza óptica y ontológica de la interferencia intersubjetiva de conducta..., estas sanciones son profundamente irracionales, ya que, en efecto, al muerto o lesionado nada se le restituye con el castigo del agresor... De la misma manera no hay criterio racional alguno para determinar por qué la pena dura

(39) La conducta humana, aun la intersubjetiva, puede no ser ni jurídica ni antijurídica, es decir, no calificable en derecho: tales las conductas de caridad, de amistad, de cortesía, de veracidad..., por falta, precisamente, de una norma de Derecho que las haga jurídicamente obligatorias o prohibidas. De existir esa norma pasarían *ipso facto* a caer en el campo del Derecho. Otras muchas conductas, por ejemplo, la de circular los vehículos por la derecha, como está ordenado en España, o la de circular por la izquierda, como se observa en Inglaterra, no son ni jurídicas ni antijurídicas, hasta que ha venido la norma positiva que habría de regularlas. La afirmación del señor Cossío, calificada por el mismo de «axioma ontológico: todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido» (*L. cit.*, p. 244) se basa, también, en un equívoco. El vocablo *permitido* puede tener dos sentidos: 1.º, lo que está positivamente autorizado y, como tal, garantizado por la ley; 2.º, lo que la ley ni prohíbe ni positivamente autoriza, simplemente de lo que no dice nada. Ejemplo: la ley autoriza positivamente al padre para que eduque al hijo en la forma que estime oportuna, y garantiza esta facultad paterna aun recluyendo en un reformatorio al hijo rebelde. La ley no prohíbe a nadie educar a ese joven rebelde—éste sería un acto de caridad—, pero no le autoriza como al padre, ni garantiza esa educación caritativa como la del padre. Otro ejemplo: la ley no prohíbe a Juan ni a Pedro pasar el primero al encontrarse al mismo tiempo en el cruce de una puerta estrecha; pero tampoco autoriza positivamente para hacerlo a ninguno de ellos. El caso habrá de resolverlo la cortesía, o el cansancio del primero que desista de porfiar. El mismo sentir común de las gentes nos dice que hay muchas conductas de las que nada dicen las leyes.

(40) *L. cit.*, pp. 292-298.

(41) Y ¿no dice igualmente: $2 + 3 > 4$?

tanto para este delito y cuánto para el otro... En conclusión: no hay relación racional entre entuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí... Lo que acabamos de decir nos lleva a una conclusión muy importante: el repudio de la analogía jurídica en materia penal es justicia racional; el principio penal liberal «nulla poena sine lege» es verdadera justicia en el plano de la axiología pura... No es racional extender lo irracional... Atacar este principio («nulla poena sine lege») es atacar a la razón misma en una de sus más importantes expresiones estimativas. La naturaleza genéricamente irracional de las sanciones penales fundamenta la racionalidad en sí de la máxima «nulla poena sine lege».

Con lo cual, claro está, queda firmada la condenación, por irracional e injusta, no sólo de la *poena sine lege*, sino, igualmente, de la *poena cum lege*; por lo que pudiera surgir la sospecha en alguno de si el señor Cossío ha querido realmente desterrar de los tribunales la primera, o introducirla en los mismos, dándole la misma categoría que a la segunda. Pero, ¿qué decir entonces de que todas las legislaciones del mundo establezcan y apliquen penas? Oigámosle al mismo señor Cossío:

«Esta es también la raíz de la vacuidad de eso que los penalistas llaman el fundamento del derecho de reprimir y que ellos discuten sin advertir que es un seudo-problema. Porque la verdad es que un hecho no necesita otro fundamento que el de su existencia. Y aquí, sin ninguna translucidez racional que se nos aparezca como justificativo, estamos frente al hecho existencial de la interferencia intersubjetiva de conducta, con su estructura disyuntiva y con su forzosidad óptica para el hombre, donde toda la cuestión parece ser ciegamente que hay pena porque sí; porque hay Derecho; porque los hechos son así.»

Creemos innecesarios los comentarios, dejándolos al buen criterio del lector. Sólo nos permitimos preguntar: ¿Es esto Derecho; o es pura facticidad empírica?

Una última muestra de esa, que hemos dicho, especial mentalidad y manera de razonar del señor Cossío. Ya antes había prometido (42)

«hacer un alto en la marcha para recoger la tesis más perturbadora que, hoy por hoy, anida en la ciencia jurídica: la del imperativismo».

Ahora (43) va a cumplir su promesa:

«La idea de que la norma significa mandar y de que las leyes son órdenes del legislador está tan difundida en la ciencia jurídica contemporánea y repugna tanto a la noción egológica, de que norma es una

(42) *L. cit.*, p. 119.

(43) *L. cit.*, pp. 145-149.

manera de pensar, de significar, de mentar, que una revisión del imperativismo por sus fundamentos se nos hace inexcusable.»

De acuerdo en que la tesis imperativista sea incompatible con la teoría egológica; pero que sea aquella equivocada, ¿cómo lo demuestra el señor Cossío? Oigámosle:

«Si las leyes son órdenes del legislador, ¿qué es lo que éste mandaría: que se pague el alquiler, por ejemplo, o que tenga lugar el desahucio debido a la mora en el pago?... Siendo evidente que ambas (endormna y perinorma), separadamente, no pueden ser el contenido de una misma orden, porque entonces se admitiría, a la par, la desobediencia de una o de otra; es decir, que también estaría mandada la desobediencia de una de las dos cosas ordenadas. El imperativismo cree salvar la paradoja arguyendo que el legislador no manda ni una ni otra cosa separadamente, sino que manda la alternativa; es decir, que manda que el inquilino pague su alquiler y que en el caso de que no pagare manda que desaloje el inmueble.»

El señor Cossío se lo ha dicho todo. Ha formulado la objeción y ha dado la respuesta a la misma, que es la que, en efecto, darían los imperativistas y aun, creemos, cuantos posean una dosis normal de sentido jurídico. Pero, precisamente, esa respuesta le parece al señor Cossío nada menos que destructora automática de la idea de mandato:

«Pero la idea de que se pueden mandar dos cosas disyuntivas cuando entre ambas cubren la totalidad de las posibilidades... destruye automáticamente la idea misma de mandato, haciéndole superfluo, porque con o sin orden se cumple igualmente en los hechos una de las dos situaciones de la alternativa.»

Es extraña esta afirmación del señor Cossío de que, sin necesidad del mandato o de la orden, se cumpliría igualmente en los hechos una de las dos situaciones: o pago del alquiler o desahucio del inquilino moroso; cuando, manifiestamente, lo que sucedería de hecho es que sin el mandato de la ley ni se pagaría el alquiler ni se desalojaría el inmueble. ¿No han bastado las suspensiones, siquiera parciales, acordadas en algunos Estados, en circunstancias extraordinarias, de las leyes de inquilinato para que los inquilinos hayan seguido ocupando los inmuebles, aun sin pagar su alquiler?

No menos insustancial es la instancia con la que pretende el señor Cossío seguir atacando al imperativismo:

«No puede decirse que el legislador mande lo que la ley expresa, sino, más vale, que manda lo que el súbdito quiere, ya que depende de la voluntad del locador iniciar o no la acción de desalojo contra el locatario. La idea clara de que el legislador manda algo con la ley se ha transformado en la vacuidad oscura de que sólo manda lo que otro mande.»

Esta vacuidad sólo se da en las palabras del objetante, ya que la idea clara de la ley, que cualquier jurista principiante podría explicarnos, es mandar que se desaloje al locatario moroso sólo a petición o demanda del locador, ya que, naturalmente, éste es libre de renunciar a su derecho.

Los demás «absurdos estridentes», que el señor Cossío atribuye al imperativismo, son: «la desobediencia a una orden que nadie ha recibido, en el caso de las transgresiones por ignorancia del Derecho, cuando el Derecho no consiente esta ignorancia»; «que los legisladores dan órdenes a las generaciones venideras»; «la obediencia o desobediencia a órdenes que nadie ha impartido, en el caso de Derecho consuetudinario». Creemos innecesario comentar estos pretendidos «absurdos»—se ve que el señor Cossío no es nada tímido en la aplicación de calificativos—, ya que en cualquier manual de Derecho se podrán encontrar explicaciones cumplidas de los mismos.

Solamente apuntaremos: que el mandato de la ley se dirige a todos en general y que, si el cumplimiento de lo por ella mandado no puede obtenerse voluntariamente en algunos, por ignorancia culpable o inculpable de éstos, ningún absurdo hay en que tal cumplimiento pueda ejecutarse por los órganos del poder; que tampoco se ve ningún absurdo en que la autoridad, que siempre perdura en la sociedad, por más que cambien o mueran sus eventuales representantes, pueda dictar leyes que perduren vigentes y obligatorias para cuantas generaciones se vayan sucediendo, mientras la misma autoridad mantenga y sancione su vigencia, o no la derogue o dé por caducada; que, igualmente, no aparece rastro alguno de absurdo en que esa misma autoridad, esté representada por un rey, por un parlamento o por el mismo pueblo, como sucede en los plebiscitos, pueda perfectamente, por un acto explícito o implícito, convertir, en un momento dado, lo que antes era simple costumbre, en derecho o ley obligatorios.

Como estas muestras que acabamos de analizar, de la ideología egológica, podríamos ofrecer otras muchas. Baste decir que apenas habrá página alguna del libro del señor Cossío que estamos examinando en la que no encontremos afirmaciones filosóficas o jurídicas equívocas o inadmisibles, supuestos gratuitos o equivocados, razonamientos carentes de fuerza de convicción. Pero creemos suficientes las muestras presentadas, para que el lector pueda formarse un criterio provisional, a reserva de verificarlo con la lectura del libro del señor Cossío, acerca del pensamiento egológico.

• • •

Pero el mayor y más grave fallo de ese pensamiento egológico y que afecta sustancialmente a todo su valor, es su oposición radical al Derecho natural.

No nos es posible hacer aquí una exposición adecuada del auténtico jusnaturalismo, tal cual lo ha defendido la filosofía *perenne*, y principal elemento informador, como dijimos al principio, de toda la tradición jurídica, dos veces milenaria, del Occidente cristiano; ni señalar las deformaciones o mutilaciones, más o menos graves, del mismo, aparecidas en determinadas épocas o determinadas escuelas, como las llamadas racionalistas de los siglos XVII y XVIII, de Grocio, Tomasio y Pufendorf; ni discutir las críticas que se le han hecho o las objeciones que se le han presentado, mil veces contestadas aquéllas y resueltas éstas (44).

Por ello, nos limitaremos a algunas consideraciones generales, en relación, especialmente, con la afirmación, tan repetida y tan ... audaz como suelen ser muchas de las suyas, del señor Cossío, de que el Derecho natural está ya «caduco», «muerto», «enterrado», «definitivamente superado», «radiado de la ciencia» (45).

Y con todo, hay un momento en el desarrollo de su teoría egológica en el que parece que ésta va a caer también en el campo jusnaturalista (46), siquiera fuese en un jusnaturalismo deficiente o mutilado; y es cuando, tratando de superar o de llenar el vacío del positivismo formalista de la escuela de Viena, afirma «de la manera más enérgica hasta ahora conocida» (47) el contenido axiológico del Derecho; o cuando parece exigir en toda ley o sentencia judicial una «fuerza de convicción», que sólo obtendrán mediante ese contenido o «plexo de valores jurídicos que preside la justicia» (48); o cuando califica de «tremenda mutilación ontológica» la expulsión de los valores de justicia del campo del Derecho (49).

Lo malo es que, cuando se trata de averiguar cuál es, en el pensamiento del señor Cossío, la consistencia de ese plexo de valores que preside la justicia, cuál es su fundamento y la razón de ser de su obligatoriedad, sólo nos ofrece «el hecho societario», ya que «los valores del plexo jurídico son el sentido del entendimiento societario, y éste existe históricamente determina-

(44) La solución de algunas de esas objeciones más corrientes y, en particular, la armoniosa conjugación de *inmutabilidad* e *historicismo* dentro del Derecho natural, pueden verse en la breve, pero enjundiosa, obra de J. M. Díez-ALEGRÍA: *Ética, Derecho e Historia. El tema jusnaturalista en la problemática contemporánea* (Madrid, 1953).

(45) Aparte las frecuentes invectivas ocasionales, dedica las pp. 150-170 de su libro exclusivamente a combatirlo.

(46) De ahí que no falten quienes hayan calificado la teoría egológica de jusnaturalista; calificativo que el señor Cossío rechaza resueltamente (*L. cit.*, p. 153).

(47) *L. cit.*, p. 153.

(48) *L. cit.*, p. 215.

(49) *L. cit.*, p. 86.

do» (50). O, como dice en otro lugar (51): «Hay fuerza de convicción procediendo de acuerdo con las valoraciones jurídicas vigentes... En este sentido, los valores objetivos de las valoraciones jurídicas son fundamentalmente históricos.» Con lo que venimos a caer de nuevo en un puro relativismo, o positivismo fáctico o histórico.

Ni podía ser de otro modo, dada la radical eliminación de todo Derecho natural, de todo elemento meta-jurídico-positivo, y aun de toda metafísica que trascienda los hechos de la experiencia fenomenológica (52).

Y el caso es que, si la teoría egológica fuese fiel al principio o criterio, en ella fundamental y decisivo, de esa experiencia fenomenológica de la conducta y del sentir humanos, o de las valoraciones que en esta conducta tienen «fuerza de convicción», habría podido comprobar que, por encima de todos los códigos, de todas las legislaciones y de todas las sentencias de los tribunales; no obstante la corrupción de costumbres y la labor deformadora de ciertas ideologías; a pesar de las aberraciones circunstanciales que haya podido sufrir, en determinados períodos de su historia, la conciencia de algunos pueblos, esta conciencia universal humana ha reconocido y proclamado siempre, y con tanta mayor energía cuanto es más civilizada y posee un sentido más vivo de los valores morales, la existencia de un Derecho, de una ley, de una justicia absolutos, indeclinables para el hombre, impuestos obligatoriamente a su libertad, aun a pesar suyo, por algo que está por encima de él, esto es: el Derecho natural.

Ante la legalidad positiva de las condenas y suplicios aplicados a los mártires cristianos por un Nerón o un Diocleciano; lo mismo que ante los campos de concentración o las cámaras de gas del régimen nazi, apoyado, en parte, por una sociedad víctima de una ofuscación hoy lamentada, en los que perecieron millones de ciudadanos, mujeres y niños, por el solo delito de perte-

(50) *L. cit.*, p. 236.

(51) *L. cit.*, pp. 245-246.

(52) En la síntesis de su teoría egológica, publicada por el mismo señor Cossío en «Información Jurídica», n. 42 (noviembre 1946), p. 51, hablando de esa metafísica en la que se fundamenta el Derecho natural, dice: «Esta metafísica es la vieja metafísica racional, irremediadamente invalidada por la «crítica de la razón pura», porque ni la inteligencia de Dios, ni la voluntad de Dios, ni la naturaleza humana, que se invocan, así determinadas como sendas realidades, son cosas de las que haya alguna intuición sensible que las abone; con lo cual se comete el doble pecado de confiar en que la pura razón pueda atestiguar la existencia de algo y de creer que hay un camino sin solución de continuidad desde la experiencia normada que vive el jurista, hasta su fundamento real y esencial que el intelecto habría de afirmar sin más fuerzas que el intelecto mismo.» Según esto, cuando Newton, partiendo de movimientos observados en los planetas—experiencia—, descubrió la gravitación universal y sus leyes—algo más allá de la intuición sensible—; o cuando, a la inversa, Le Verrier, partiendo de estas leyes y de esos movimientos observados, descubrió la existencia y la posición exacta de Neptuno, recorrieron un camino absurdo por falta de continuidad o intransitable por cortes infranqueables.

necer a una raza determinada, como la jovencita Ana Frank, la maravillosa autora del *Diario* de su nombre; lo mismo que ante los millones de cadáveres amontonados por la legalidad comunista, o las tragedias de pueblos enteros, como el de Hungría, bajo la misma legalidad, el positivismo jurídico podrá decirnos, con KELSEN (53), que «el Estado no puede obrar injustamente», porque «él es el que crea el Derecho»; o con BERGBOHM (54), que «la más inicua legalidad, siendo tal, es jurídicamente obligante»; o con la teoría ego-lógica (55), aunque de una manera menos cruda, que «las leyes vigentes» son «el pensamiento de sí misma en general de la conducta de quienes integran un mismo grupo social» y que, por lo mismo, nos obligan «como nos obliga cualquier hecho de nuestra circunstancia vital» o, lo que es lo mismo, que no hay más Derecho verdadero que el Derecho positivo o histórico; pero ante todas aquellas monstruosas aberraciones, repetimos, de ese pretendido Derecho o legalidad positivistas, la conciencia de todo hombre que merezca el nombre de tal protestará siempre—en realidad y en lo íntimo de sus conciencias protestaban también muchos de los complicados en aquellas monstruosidades—y repetirá que tal pretendida legalidad ni tenía fuerza alguna de obligar, ni era justicia, ni era Derecho, sino simple imposición del hecho o de la fuerza brutales (56).

(53) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), p. 246.

(54) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I (1892), p. 144.

(55) *L. cit.*, p. 150.

(56) Esta Justicia verdadera y eterna, contra la que nada valen las disposiciones de los mortales, es la que invocaba Antígona (*Antígona*, vers. 451-459); y ella, también, era la que presidía el pensamiento de CICERÓN cuando decía (*De Legibus*, I, 15): «Jam vero, illud stultissimum, existimare omnia justa esse quae sita sint in populorum institutis aut legibus.»

«El origen de la idea del Derecho natural ha de ser atribuido a la antigua e insuprímible aspiración del espíritu humano—podemos ya reconocerla en la *Antígona* de Sófocles—, que le lleva a la noción de una justicia eterna e inmutable; una justicia que la autoridad humana expresa o debe expresar—pero que no crea—; una justicia a la que la autoridad humana puede dejar de dar expresión—pero que en tal caso habrá de pagar el fallo con la disminución o el venir a menos de su capacidad de mandar—. Esta justicia, concebida como la más alta y suprema ley, derivada de la naturaleza del universo—del Ser de Dios y de la razón del hombre—, afirma que el Derecho—en el sentido de derecho de última apelación—está, en todo caso, por encima de la legislación; y afirma que a ese derecho están sujetos en cierto modo los mismos legisladores» (SIR E. BARKER, *l. cit.* en la nota 1).

«Sentimos más urgente que nunca la necesidad de certidumbre, sea como fe que el pensamiento del hombre confirma, sea como esperanza que revaloriza la vida en una comprensión consciente y refleja de nuestro destino. Por esto creemos en la justicia que nos esforzamos en entender, cuya pureza es tal «que no es más maravillosa Héspero, la estrella de la noche, ni el lucero matutino», repitiendo la antigua imagen de Aristóteles, que acaso reproduce la del poeta Eurípides. Ningún mal pasajero es capaz de ofuscarla, ningún tirano puede convencernos para confundirla con la fuerza, ni artificio retórico logrará identificarla con el hecho, porque ésta, aunque también se manifiesta y comprueba en la Historia, radica en la conciencia profunda, en la estructura constitutiva del hombre ético, siendo, por lo tanto, nece-

El positivismo jurídico ha podido prevalecer y desenvolverse tranquilamente, como en clima o caldo de cultivo propio, en una sociedad, cual la del siglo XIX, burguesa, liberal, escéptica y despreocupada, de vida y cultura fáciles y de filosofías ensayistas. Pero cuando han estallado las grandes crisis y las dos guerras mundiales, con todas sus trágicas derivaciones, el hombre ha visto que su construcción positivista se venía abajo, como barraca provisional falta de fundamento; y ha sentido la necesidad de edificar sobre bases más sólidas, y de buscar, para la seguridad de su vida jurídica, asideros más firmes. En las grandes crisis y en los problemas sangrantes es donde se prueba el valor y la capacidad resolutive de las ideologías. Por ello ha podido escribirse (57):

«Después de la primera guerra mundial, el positivismo jurídico se bate en plena retirada, descalabro más o menos pronunciado en los diferentes países en razón inversa de sus distancias a los campos de batalla. Por este motivo posee el positivismo jurídico en la Argentina todavía mucha raigambre.»

Y también (58):

«Tan fuerte es esa corriente contra el positivismo, que a la repetida frase de Windscheid, «hemos despertado del sueño del Derecho natural», se ha opuesto la de «ya hemos despertado del sueño del Derecho positivo.»

En realidad, la idea jusnaturalista nunca llegó a desaparecer del todo—tan natural y espontánea es en el hombre—aun en las mismas escuelas positivistas. Y es que del jus-naturalismo puede repetirse lo que Manzoni dijo de la filosofía: «La filosofía rientra in casa senza essere invitata.» Igual pasa con la idea jusnaturalista: si se le cierra la puerta, cuando menos se piensa, se ha colado por la ventana.

Ya hemos citado antes frases del mismo señor Cossío, de resabios tan jusnaturalistas, que han podido despistar a algunos. Resabios mucho más acen-

saria, absoluta» (F. BATTAGLIA: últimas palabras con las que cierra su *Curso de la Filosofía del Derecho* [Madrid, 1953], vol. III, p. 351).

(57) WERNER GOLDSCHMIDT: *Jusnaturalismo contra positivismo jurídico*; «Revista General de Derecho, nn. 106-107 (1953), p. 351. Quizás sea ésta, también, la explicación, aparte el prestigio de su amor, como profesor durante muchos años de las Universidades de La Plata y de Buenos Aires, de que la teoría egológica cuente con un grupo de adictos, con más o menos reservas, en la Argentina y en alguna que otra república hispanoamericana.

(58) BELING: *Von positivismus zum Naturrecht und zurück*; Beilage Helt, A. C. P. 133, p. 1.

tuados e inconfundibles pueden recogerse en otras escuelas (59). Basta citar las palabras de Savigny, el padre de la escuela histórica. Hablando de los «principios fundamentales del Derecho positivo», dice:

«El fin general del Derecho se desprende de la ley moral del hombre desde el punto de vista cristiano. El cristianismo no existe sólo como regla de nuestras acciones, sino que ha modificado a la Humanidad y se encuentra en el fondo de nuestras ideas, aun de aquellas que parecen serle más extrañas y hostiles.»

Y el más apasionado adversario del Derecho natural se ve obligado a confesar (60):

«La idea de un Derecho existente, aparte del positivo, no sólo no ha desaparecido, sino que, por el contrario, se encuentra floreciente..., los monumentos literarios de casi todas las naciones se hallan empapados de Derecho natural.»

Efectivamente, la Constitución americana de Filadelfia y sus enmiendas son, como dice J. F. LINARES (61): «de la más expresiva puridad jusnaturalista»; y sobre la fachada de la Corte Suprema de Washington figura la inscripción: *Equal, Justice and Law*. Y la Asamblea Constituyente francesa, de 1789, empieza por declarar, «en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo», «los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre».

También son varios los códigos que, de un modo más o menos expreso, no sólo reconocen en el Derecho natural su fuente de inspiración, sino la norma a que habrá de atenerse el juez en las lagunas del Derecho positivo.

Viniendo al sentir actual, y predominante en lo que va de siglo, de los juristas y filósofos del Derecho, oigamos, por ejemplo—aparte los que ya ocasionalmente hemos citado en páginas anteriores—, a uno tan significado como DEL VECCHIO (62):

«Las viejas teorías y las tendencias nuevas, impugnadoras del eterno ideal de justicia, no han llegado a extinguir jamás los principios

(59) Véanse varias citas en F. DE CASTRO BRAVO: *Derecho Civil de España* (Madrid, 1949), t. I, pp. 411-412; de donde están tomadas, también, las frases de Savigny reproducidas en nuestro texto.

(60) BERGBOHM: *obra cit.* en la nota 54, p. 233.

(61) *El actual pensamiento jurídico norteamericano* (Buenos Aires, 1951), p. 9. En la misma página había escrito: «Dije que uno de los rasgos salientes del Derecho anglosajón es la creencia de que existe una instancia *axiológica*—llamémosla por su nombre—que preside el Derecho positivo y que bajo un rótulo u otro y aun sin rótulo, ha venido alimentándolo, como manadero inagotable soterráneo. Su primera versión fué el Derecho natural... Originado en el hontanar más puro del pensamiento grecolatino y medieval...»

(62) «*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*» (Roma, 1921), n. 1.

indelebles ni los efectos permanentes de la doctrina del Derecho natural. Y aquellas teorías que ciertas escuelas habían declarado, con evidente error, muertas y desaparecidas para siempre, han recobrado nuevo vigor, mostrando de una manera indubitable su maravillosa vitalidad frente a las deficiencias, a la relatividad y a la inestabilidad e inconsistencia de las leyes positivas en el constante fluir de las cosas y de las relaciones humanas.»

Concuerta otro insigne jurista más reciente: BIONDO BIONDI (63):

«Il ritorno agli antichi insegnamenti in definitivo è propugnato dallo stesso Carnelutti, il quale, dopo avere vilipeso i vecchi metodi e le vecchie dottrine, riconosce ora che «l'angoscia che si è impadronita negli ultimi tempi dei giuristi come dei filosofi, non significa se non la sete di qualche cosa che avevamo finalmente eliminato dalle nostre finalità spirituali: cotesta qualche cosa si chiama Diritto naturale»... Occorreva forse la immane catastrofe per persuadersi di una verità, di cui per secoli mai si è dubitato?... Tutti abbeverati al positivismo, abbiamo rinnegato o deriso il Diritto naturale come una anticaglia, ma ora facciamo umilmente ammenda, ad incominciare dal Carnelutti: si era credutto di averlo seppellito, ma, dopo la ultime esperienze risorge dalle sue ceneri.»

Citas parecidas podríamos prolongar indefinidamente. Baste decir que este renacimiento o este «eterno retorno» del Derecho natural ha sido el título o el contenido principal de muchos libros, en diversas naciones, como el tan difundido de HEINRICH ROMMEN (64), el de J. CHARMONT (65), el de DIETZE (66), etc.

En uno de ellos queremos fijarnos por su especial significación: en el de JOSEF L. KUNZ, profesor de la Universidad de Toledo (Ohio, EE. UU.), titulado: *La filosofía del Derecho latinoamericano en el siglo XX* (67). Es KUNZ uno de los internacionalistas contemporáneos más destacados y afiliado, por otra parte, a la escuela Vienesa de Kelsen. Después de describir la época de predominio positivista, de signo principalmente comtiano (1875-1925), y llegando al período contemporáneo, posterior a dichas fechas, dice (68):

«El largo predominio que en América latina tuvo la filosofía jurídica de raíz comtiana no desapareció súbitamente por completo ante el avance de las influencias neo-kantianas... Sin embargo, hoy, en Hispano-

(63) *Esistenzialismo giuridico e Jurisprudenza romana. Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti* (Padova, 1950), pp. 114-115.

(64) *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (Leipzig, 1936).

(65) *La renaissance du droit naturel* (1910).

(66) *Naturrecht in der Gegenwart* (Bonn, 1936).

(67) Editorial Losada (Buenos Aires, 1951).

(68) Pp. 41-42.

américa, la vieja filosofía del Derecho orientada hacia Comte y Spencer ya no es más que una supervivencia en algunos países remotos, carente de toda importancia y que ningún modo representa el pensamiento jurídico contemporáneo de la América española.»

Sigue haciendo una relación detallada de todos los escritores jurídicos de algún renombre americanos, o que en América han ejercido alguna influencia, y sintetiza (69):

«Es natural que en la América latina, un continente fundamentalmente católico, haya habido siempre y siga habiendo una filosofía católica escolástica. Todo el período colonial, como ya expuse antes, fué desde el punto de vista filosófico una época escolástica en la cultura latino-americana... Pero el renacimiento del Derecho natural en Europa —y, por consiguiente, en la América latina—no se limita en modo alguno a la tendencia neo-escolástica o neo-tomista o a otras escuelas íntimamente conectadas con ésta, sino que tiene también muchas otras manifestaciones diferentes de aquéllas. Hay un renacimiento general del Derecho natural, que ha sido registrado y comentado en muchos libros. Esa reviviscencia general del pensamiento jusnaturalista, como nueva reacción contra el positivismo jurídico y contra el neo-kantismo lógico de la escuela de Marburgo, es una consecuencia de la crisis espiritual, de la confusión y de la desesperación de nuestra época.»

Y sigue desarrollando y confirmando estas mismas ideas en largas páginas de documentada información de escritores y de ideologías (70).

(69) Pp. 49-52.

(70) Es interesante la reivindicación que KUNZ hace de Kelsen, o mejor, de la «teoría pura del derecho», de que éste es autor. Especialmente capacitado para entender esta teoría, por su encuadramiento dentro de la escuela de Viena, y aun por sus relaciones personales con Kelsen, dice de éste que, efectivamente (p. 132), «su filosofía personal es relativista»; pero que la «teoría pura del Derecho» de Kelsen no depende, de ningún modo, de la filosofía que se profese... Las convicciones filosóficas personales de Kelsen de ninguna manera determinan su teoría pura del Derecho ni afectan al valor permanente de ésta. «Los reproches (p. 131) de «formalismo» y «positivismo» carecen de toda justificación. Pues la teoría de Kelsen, según las propias palabras de éste, no quiere ir más allá de ser un método puramente formal de investigación.» La teoría pura del Derecho quiere limitarse al conocimiento del Derecho positivo; no trata de la creación del Derecho; no es una explicación psicológica ni económica de las realidades efectivas por las que el Derecho surge, ni tampoco se ocupa de los problemas de una valoración política o ética del Derecho, ni de la estimación sobre los fines de éste. Es tan sólo la aplicación consecuente del método jurídico, formal-práctico-descriptivo. Es una teoría general, una ciencia abstracta del Derecho que investiga—sobre la base de un análisis comparativo de los diferentes órdenes jurídicos—la estructura formal de la norma jurídica, la estructura del orden jurídico y la arquitectura de éste, y que suministra los conceptos fundamentales gracias a los cuales el jurista puede describir cualquier orden jurídico-positivo concreto.»

Más adelante (p. 133) añade: «En una larga conversación que tuve con Kelsen en Nueva York, en el otoño de 1947, me manifestó que lo que pretendía era solamen-

Vemos, pues, que la afirmación del señor Cossío, de que el jus-naturalismo estaba ya «caduco», «muerto», «enterrado», «definitivamente superado», «radiado de la ciencia», retrasaba bastante en el reloj de la Historia.

Resumiendo: la misma fenomenología de la existencia humana, tan invocada por el positivismo, como en un grito imposible de sofocar, salido de la más íntima entraña de la conciencia universal, nos pone ante el hecho de la convicción profunda, insobornable, de una justicia objetiva, trascendente, por encima de todas las violencias de la fuerza, de todos los dictados de los tiranos, de todas las arbitrariedades de los legisladores, de todas las aberraciones y resistencias de la voluntad, de todos los eclipses que, en determinados períodos históricos, hayan podido nublarla en el sentir o en las costumbres de individuos o de pueblos. Con la particularidad de que, cuanto una sociedad es más civilizada, más virtuosa, de más finura espiritual, tanto es más viva en ella esa convicción, más exigente y más realizada en sus leyes positivas.

En realidad, esa justicia objetiva y trascendente no es sino la respuesta, en el terreno del Derecho, a la tendencia innata e insuprimible del espíritu humano hacia lo absoluto, en busca del último porqué o razón de ser de las cosas. Y este absoluto y esta última razón de las cosas, particularmente de las

te trazar una línea divisoria entre ciencia y metafísica—en el sentido de Kant—; pero que no pensaba negar que el hombre está rodeado de enigmas y que, por ello, necesariamente tiene que ocuparse de metafísica. La ciencia no lo es todo—me decía—, la ciencia constituye sólo un quehacer menor de la vida, subordinado al problema metafísico, grande y enigmático.»

Si esto es así y si, como sostienen A. VERDROSS y otros (p. 52), la «teoría pura del Derecho» fuese compatible con el jus-naturalismo, habría que dar también de baja el nombre prestigioso de Kelsen o al menos su «teoría pura del Derecho» en las listas del positivismo antijusnaturalista.

Hemos querido dar un extracto de la interpretación de KUNZ, por el interés que ella pueda tener para el lector. Pero la verdad es que hay expresiones de Kelsen—alguna hemos citado en páginas anteriores—difícilmente conciliables con esa neutralidad de su teoría ahora afirmada. ¿Es que ha habido una evolución en su pensamiento?

Y los escritores juristas, en general, han dado a la repetida teoría un sentido claramente positivista. Véase, por ejemplo, cómo se expresa G. BERTIOL (*Dal positivismo giuridico alle nuove concezione del Diritto*; «Jus. Rivista di Science Juridice» [Milano, 1954], anno V, fasc. I, p. 192): «E indubbio che oggi il positivismo giuridico è entrato in crisi: L'unica autorevole ma stanca voce che ancora si leva è quella di Kelsen il quale ha dovuto assistere alla fine di quella che era pur sempre stata la scuola viennese, attorno alla quale ad un dato momento si erano raggruppati studiosi provenienti di diverse tendenze filosofiche, nell'equivoco che il formalismo kelseniano fosse solo un *metodo* ma non una *dottrina*... Ma in Europa il formalismo positivista, che in Kelsen aveva trovato il suo culmine e la sua perfezione, è ormai un ricordo.»

Y aun habremos de añadir, confirmando lo que antes apuntamos, que estudios de Kelsen, como el último recogido por J. F. LINARES, en la obra citada en la nota 61, páginas 247-298, se revelan manifiestamente antijusnaturalistas. La única solución posible, ya apuntada por KUNZ, sería decir que estas posiciones personales de Kelsen son independientes de la «teoría pura del Derecho».

cosas más altas del espíritu humano, cuales son las morales o jurídicas—la justicia es una parte de la moral—, sólo podrán encontrarse en una concepción total de la vida y del ser.

Mutilar esta realidad, quedándose con una parte tan sólo de ella, es condenarse al fracaso (71). Poner el último fundamento de esa justicia objetiva y trascendente y, por lo mismo, absolutamente obligatoria en el mismo hombre, es dejarla colgada en el aire. No sólo porque el hombre ni es superior a sí mismo, ni puede obligarse a sí mismo de un modo absoluto—ya que quien pone la obligación, puede igualmente levantarla—, sino porque tampoco el hombre es un ser absoluto (72), ni tiene en sí su última razón de ser. Es un ser participado y contingente, cuya última razón y principio habrán de buscarse en el único Ser necesario y absoluto: Dios.

Podrán la naturaleza y la razón del hombre ser el fundamento próximo, o el medio en que se nos pone de manifiesto esa justicia; pero el principio fundamental y razón de ser absoluta de la misma habrán de buscarse en Dios.

Y queremos, finalmente, cerrar la serie de citas de autorizados juristas, recogidas en esta última parte de nuestro trabajo, con la del actual Presidente de nuestro Tribunal Supremo, señor CASTÁN TOBEÑAS (73):

«Hoy más que nunca interesa seguir la dirección jusnaturalista, tan española como universal, y al mismo tiempo clásica y moderna... Lo reclama, por último, todo el conjunto de ventajas que presenta y procura una concepción de líneas clásicas, fundamentalmente homogénea en la historia del pensamiento occidental, inteligible para todos, de arraigo a la vez científico y popular, frente al cúmulo de doctrinas filosóficas modernas que nacen y mueren de continuo, sin llegar a penetrar en el

(71) Es la «tremenda mutilación ontológica», en frase de Cossío, recogida en la página 18, aun cuando él no se diera cuenta de que con la eliminación del Derecho natural la estaba operando en lo más vivo del Derecho y de la conciencia humana.

«Si queremos decir sobre lo jurídico su verdad primaria de auténtico rango filosófico, será preciso integrarlo en una concepción plena y última, esto es, en la Filosofía general y primera, rigurosamente entendida, es decir, preguntarnos por el sentido que corresponde a lo jurídico en una concepción del mundo y de la vida» (LUIS RECASÉN SICHES: *Prólogo* a la obra de LEGAZ Y LACAMERA: *Kelsen, estudio crítico...* [Barcelona, 1933], p. 13).

(72) Sólo Dios es un valor absoluto y, consiguientemente, sólo El puede ser para el hombre razón de una obligación absoluta, cual es la obligación moral y, por lo mismo, la de la justicia o del Derecho. Todos los valores simplemente humanos, en cuanto tales, ni son absolutos ni necesarios, es decir, son renunciables. Podrán fundar obligaciones impropias, si así se las quiere llamar, de utilidad, de bienestar, de estética, de decoro, de cortesía, de orden, de paz, temporales y humanas. Pero para que esas obligaciones pasen a ser estrictamente tales o absolutas, es decir, morales, necesitan mostrarse al hombre como impuestas o ratificadas por Dios.

(73) *En torno al Derecho natural* (Zaragoza, 1940), pp. 52-53.

F I D E L G . M A R T I N E Z

alma de la sociedad ni a ser comprendidas casi por los mismos juristas... En vano buscaríamos en ninguna de las concepciones modernas la grandeza y fecundidad de la idea del Derecho natural, a la que están ligados los principios más fundamentales y los decisivos progresos del Derecho en todas las épocas.»

† F I D E L . G . M A R T I N E Z
Ob. tit. de Sululi