

ESTUDIOS y NOTAS

TEORIA PURA DEL DERECHO Y TEORIA EGOLOGICA (*)

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

En el tomo V, fascículo 1-2 de la *Revista Austriaca de Derecho Público* (Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht), el profesor Carlos Cossio, de Buenos Aires, ha publicado un trabajo en el cual, enfrenta la llamada «teoría egológica», de la que es autor, a la teoría pura del Derecho, con el propósito de demostrar la superioridad de la primera sobre la segunda. Contra esto nada habría que objetar. Es obvio que todo el mundo considera que su propia teoría es la mejor; de no ser así, ninguno la defendería. Pero, por desgracia, el profesor Cossio ha creído necesario no solamente apoyar la superioridad de su teoría en argumentos objetivos contra las concepciones expuestas en mis publicaciones, sino vincular su polémica contra la teoría pura del Derecho con el relato de detalles completamente inesenciales de las circunstancias externas de las lecciones dadas por mí en la Universidad de Buenos Aires en el verano de 1949 y con la reproducción de discusiones privadas, provocadas por él, que tuvieron lugar con ocasión de estas lecciones. Por este camino no quiero ni puedo seguir al profesor Cossio. En la respuesta a su artículo me limitaré al objeto que él mismo ha designado como «Teoría egológica y teoría pura del Derecho».

Sólo en un punto lamento mucho tener que insistir. El señor profesor Cossio afirma (pág. 17) que yo he ido a Buenos Aires «a dialogar con la teoría egológica y sólo a eso». Esto no es

(*) Publicado en la *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. V, H. 4, Viena, 1953.

verdad. Yo he ido a la Argentina aceptando una invitación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, no a mantener «diálogo» alguno, sino a hablar de unos cuantos problemas seleccionados de la teoría pura del Derecho; es decir, a dar lecciones, no a seguir discusiones. «Problèmes choisis de la théorie pure du Droit» es el título aceptado por la Facultad de Derecho de la Universidad, de las lecciones dadas en lengua francesa. Es natural que estuviera dispuesto a tomar posición respecto de la teoría egológica; y es también cierto que lo he hecho en mis lecciones. Pero el profesor Cósio afirma que yo «me he allanado a la egología en la conversación privada muchísimo más que en las disertaciones académicas» (páginas 17 y 18). Esta afirmación la rechazo enérgicamente. No es corriente referirse en la polémica contra un autor a las manifestaciones que éste haya hecho en «conversaciones privadas». A mi juicio, las discusiones verbales no son un método adecuado para tratar problemas teóricos, ya que no se pesan bastante las palabras y por ello son inevitables los malentendidos recíprocos, sobre todo cuando la discusión se mantiene en un lenguaje que no es la lengua materna de los participantes. Peor aún cuando una de las partes reproduce esta discusión basándose en recuerdos, como confiesa hacer el profesor Cósio en la página 40 (1). Si el profesor Cósio tuvo la impresión de que en las conversaciones privadas hice más concesiones que en mis lecciones públicas, debía comprender que, en el caso de que realmente las hubiera hecho, no las sostendría.

Para mostrar la superioridad de la teoría egológica sobre la teoría pura del Derecho, el profesor Cósio pudo referirse a mis libros publicados y a las lecciones públicas que di en la Universidad de Buenos Aires. Yo había autorizado a la Facultad de De-

(1) Para probar que la memoria del profesor CÓSIO no es enteramente fiel, me fijaré en un detalle, que no deja de tener importancia, porque me atribuye una manifestación que, de haberla hecho, implicaría en mí un error histórico. CÓSIO pone en mi boca una cita del conocido físico y astrónomo francés Laplace: «Dios es una hipótesis de la que no he tenido necesidad». Yo no puedo acordarme si en las conversaciones privadas con el señor profesor CÓSIO he citado esta frase. En todo caso, es posible que lo haya hecho a menudo. Pero cuando la haya citado, es absolutamente seguro que no he dicho - como me hace decir CÓSIO - que Laplace dió esta contestación a un rey de Francia, sino que diría lo que he dicho siempre porque es lo que corresponde a la realidad de los hechos, que Laplace dió esta respuesta a Napoleón, que le preguntó por qué prescindía de Dios en su obra *Mécanique céleste*. El profesor CÓSIO, por consiguiente, no debía fiarse tanto de sus recuerdos.

recho de la Universidad de Buenos Aires a publicar estas lecciones juntamente con una traducción española. Por razones que ignoro, esta publicación no ha visto la luz (2).

Parece que al profesor Cósio no le basta lo que tuve por obligado decir en mis lecciones públicas sobre mi relación con la teoría egológica. No se ha dado cuenta de que mi reserva en este punto podía obedecer a razones de cortesía, que yo me creía obligado a observar como huésped de la Universidad de Buenos Aires. Dice el profesor Cósio (pág. 31) que él ha esperado una de estas dos cosas: o bien —nada más y nada menos— «la absorción de la teoría pura del Derecho por la teoría egológica» e incluso «la conversión de Kelsen a la Egología», o bien «su fulminación, su aplastamiento». Puesto que él me coloca ante esta alternativa, trataré de no decepcionar sus esperanzas. Espero que las líneas que siguen no dejen duda alguna sobre el camino que he escogido.

(2) En lugar de esto, en la Editorial G. Kraft de Buenos Aires ha aparecido, *sin mi autorización, y con mi nombre* unido al del profesor CÓSIO, un libro que contiene el texto español del artículo del profesor CÓSIO publicado en la *Revista Austríaca de Derecho Público* juntamente con la traducción española realizada por el propio CÓSIO de mis lecciones de Buenos Aires, pero *sin el original francés*. Es cierto que el editor de la *Revista Austríaca de Derecho Público*, el señor profesor Alfred VERDROSS, me preguntó si tenía algo que objetar contra la publicación del artículo de CÓSIO. Como yo sabía que el artículo iba contra mí y ha sido siempre uno de mis principios no hacer nunca absolutamente nada contra la publicación de cualquier escrito dirigido contra mi doctrina, y aun muchas veces he publicado yo mismo tales escritos en mi condición de editor, contesté en seguida, y sin leer el manuscrito, que no tenía objeción alguna que hacer. Así se lo comunicué el profesor CÓSIO en una carta de la que se deducía claramente que, al escribirla, yo no había leído el manuscrito; pues le advertía expresamente que yo quería leer el artículo «impreso» («printed»), cosa para la que no tendría motivo de insistir, si yo ya hubiese leído el artículo. El señor profesor CÓSIO pudo interpretar a su gusto esta comunicación mía, pero lo único que no pudo inferir de ella es que yo autorizase a nadie a que *mi nombre* se uniese con el suyo para publicar este artículo dirigido contra mí juntamente con una traducción española de mis Lecciones —y éstas, contra lo acordado con la Facultad, sin el original francés—. Por eso he pedido a la Editorial Guillermo Kraft de Buenos Aires que retire de la circulación el libro publicado en la misma con el título «Kelsen-Cósio. Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho, Teoría Egológica y Teoría Pura».

I

Comenzaré con una cuestión que a mi parecer es de importancia secundaria, pero a la que el profesor Cossio atribuye una significación especial. Se trata de la cuestión de si, como afirma Cossio, la teoría pura del Derecho es sólo una Lógica, concretamente una Lógica jurídica, o si es otra cosa que Lógica jurídica. Yo afirmo que, en mi opinión, la teoría pura del Derecho es una teoría general del Derecho, que contiene ciertas consideraciones lógicas, en particular aquellas que se refieren a la relación entre supuesto y consecuencia en la proposición jurídica o al sentido del deber ser, o aquellas otras que tienden a la aplicación del principio de contradicción a las proposiciones de deber ser. Pero ya no tiene nada que ver con la Lógica la determinación material del supuesto y, sobre todo, la de la consecuencia en la proposición jurídica, o sea que esta consecuencia sea un acto coactivo, una sanción. La teoría pura del Derecho tiene como misión definir los conceptos fundamentales de toda ciencia jurídica, como norma de Derecho, deber jurídico, facultad, responsabilidad, competencia, sujeto de Derecho, etc. Y estas definiciones no son función de la Lógica, como no lo son las definiciones del círculo o del cuadrado. Así como éstas son una función de la Geometría, y la Geometría no es Lógica, así también las definiciones de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica son funciones de una teoría general del Derecho, la cual no es una Lógica. Además, las consideraciones lógicas contenidas en la teoría pura del Derecho son absolutamente aplicables no sólo al conocimiento de las normas jurídicas, sino al de toda clase de normas, especialmente de las morales; y cuando se habla de una «Lógica jurídica» o de un «pensamiento jurídico» no puede significarse otra cosa que aquellos principios mentales que tienen aplicación al conocimiento de las normas en general y, por tanto, también al de las normas jurídicas. Como su nombre lo indica, la teoría pura del Derecho es una teoría del «Derecho», no una teoría del pensamiento; y las consideraciones lógicas que contiene sólo constituyen los supuestos para una teoría jurídica correcta, del mismo modo que la Física tiene que basarse en unos supuestos lógicos previos, sin que por eso la Física constituya una Lógica.

En los pasajes citados por el profesor Cossio en la página de mi artículo «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law» hablo yo (en la traducción de Cossio) de la «pureza de una teoría del Derecho que se propone un análisis estructural de los or-

denamientos jurídicos positivos». Un análisis estructural de los ordenamientos jurídicos positivos no es tarea que pueda llevar a cabo una ciencia de la Lógica, sino únicamente una ciencia jurídica como teoría general del Derecho. La «pureza» de la teoría no consiste en que lleve a cabo un análisis de la estructura del Derecho, sino en realizar este análisis observando el principio de la pureza metódica. Por pureza del método entiende el principio lógico o epistemológico de evitación del sincretismo metódico. Pero de que una teoría del Derecho haya de ser «pura» en este sentido, no se sigue que consista exclusivamente en un principio lógico. Si en los pasajes citados por el profesor Cossio yo comparo la relación entre teoría pura del Derecho y ciencia de la historia del Derecho o sociología jurídica con la relación entre la Lógica y la Psicología, no puede inferirse que la teoría pura del Derecho sea Lógica, como tampoco se puede deducir que la historia del Derecho o la Sociología jurídica son psicología.

La teoría egológica está en su derecho de no tomar de la teoría pura del Derecho más que estas consideraciones lógicas en ella contenidas; y yo no he afirmado nunca que la teoría egológica haya tomado otra cosa de la teoría pura del Derecho, porque ni siquiera he afirmado jamás que haya tomado cosa alguna de ella. Es el profesor Cossio, no yo, quien afirma que la teoría pura del Derecho «sólo alcanza el veinte por ciento de la temática integral egológica»; «sólo el veinte por ciento», como dice el profesor Cossio. Pero, por lo mismo, éste no tiene ningún motivo para declarar que la Egología «poda, por injustificada, toda otra pretensión de la teoría pura». De que la teoría egológica, como dice el profesor Cossio, sólo acepte las consideraciones lógicojurídicas de la teoría pura del Derecho, no se sigue que aquélla tenga el derecho de declarar válidas como teoría pura del Derecho sólo aquellas consideraciones lógicas, si por teoría pura del Derecho entiende lo mismo que entiende ésta. Pero el señor profesor Cossio se presenta con la asombrosa pretensión de que «la idea que posee la teoría egológica de la teoría pura del Derecho (página 30), es la exacta, mientras que es falsa «la idea que Kelsen posee de la teoría pura del Derecho», o sea que Cossio sabe mejor que Kelsen lo que Kelsen pretende con su teoría pura del Derecho.

Pero en definitiva termina por confesar que la teoría pura del Derecho tal como la expone Kelsen es algo más que mera Lógica. Pues él mismo distingue entre una teoría pura del Derecho en sentido estricto, bajo la cual entiende una Lógica de la teoría pura del Derecho, y la Teoría pura del Derecho en sentido amplio.

En la pág. 27, al dirigirse contra los que afirman que la «teoría pura del Derecho y la teoría egológica son poco más o menos lo mismo, de tal modo que la última no constituye más que un rebrote y desarrollo no autónomo de la segunda», dice que «no hay tal cosa, pues la teoría egológica siempre ha restringido la estricta teoría pura a un valor de Lógica jurídica formal». Expresado en lenguaje menos presuntuoso, esto significa que la teoría egológica ha visto en la teoría pura del Derecho en sentido estricto una Lógica jurídica formal. La cuestión está en si ha tenido o no razón para ello. No se comprende que la teoría egológica no pueda ser un mero rebrote de la teoría pura sólo porque aquella no haya visto en ésta, estrictamente considerada, más que un valor de Lógica jurídica formal. Lo que el profesor Cossio piensa abiertamente es que la teoría egológica sólo ha tomado de la teoría pura aquellos elementos que él considera como de Lógica jurídica formal; pero que se distingue esencialmente de todo el resto de la teoría pura del Derecho, la teoría pura del Derecho en sentido amplio. Esto puede pasar. Pero de ahí se sigue que no es Kelsen —como dice Cossio en la pág. 20— quien «con extraña dualidad epistemológica insiste en que la teoría pura del Derecho es otra cosa además de Lógica», pues Kelsen nunca ha afirmado que la teoría pura del Derecho sea sólo Lógica; es más bien el profesor Cossio el primero en afirmar que la teoría pura del Derecho es sólo Lógica, pero cuando se defiende contra el reproche de que la teoría egológica sea un mero rebrote de la teoría pura, tiene que insistir él, con extraña dualidad epistemológica, en que la teoría pura del Derecho sólo en sentido estricto es Lógica —una Lógica respecto de la cual la Egología se encuentra de acuerdo con la teoría pura—; pero la teoría pura del Derecho en sentido amplio, de la que la teoría egológica quiere diferenciarse pulcramente para no aparecer como un mero rebrote de la misma, constituye una cosa distinta de la Lógica.

II

En la página 19 afirma el profesor Cossio que hay un punto en el que existe una «plena coincidencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica, a saber, el principio según el cual «está jurídicamente permitido todo lo que jurídicamente no está prohibido». Esta coincidencia no existe dado el modo cómo Cossio entiende dicho principio. En mi opinión, éste constituye un principio técnico de Derecho positivo, consistente en que el legisla-

dor permite una determinada conducta humana —sin estatuir una prescripción constitutiva de una positiva licencia— en cuanto que no la prohíbe, o sea en cuanto que no vincula a esta conducta una consecuencia jurídica desfavorable. Este «estar permitido» coincide plenamente con «no estar prohibido». No se puede describir el estar jurídicamente permitido de una conducta haciendo referencia a una función positivamente permisiva del Derecho, sino solamente refiriéndose a la función ordenadora o prohibitiva del mismo, esto es, a su función prescriptiva. Puesto que el «estar permitido» y el «no estar prohibido» son idénticos, la conducta no prohibida es permitida y la conducta no permitida es prohibida. Así lo entiende el uso común del lenguaje, para el cual una conducta no permitida significa una conducta prohibida. Por eso rechazo la afirmación del profesor Cossio de que el principio «todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido» no significa lo mismo que el principio «todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido». En mi opinión, ambos principios tienen un significado absolutamente idéntico.

En su interpretación del principio en cuestión olvida el profesor Cossio el hecho de que la expresión «permitir» puede tener un sentido distinto que el que recibe en aquel principio. Pues además de su significación meramente negativa —el «no estar prohibido»— puede tener otra positiva; así, por ejemplo, si se dice que el ordenamiento jurídico «permite» al acreedor ejercer una acción contra el deudor moroso, o que la constitución «permite» al parlamento aprobar leyes. En estos casos, «permitir» significa tanto como «autorizar», conferir un poder jurídico, capacitar a alguien para procurarse un efecto jurídico querido. Para conferir tal «permiso» —en el sentido de una autorización— se necesita una prescripción positiva del ordenamiento jurídico. Y a este permiso no tiene aplicación el principio: lo que no está prohibido, está permitido. En efecto, a nadie se prohíbe aparte del acreedor, interponer contra su deudor una demanda para exigir el pago de la deuda (lo cual significa que la interposición de tal demanda no lleva consigo las consecuencias propias de la acción antijurídica); pero esto no significa que quien no sea el acreedor esté autorizado para presentar tal demanda, o sea, para provocar los efectos jurídicos que la ley concede a dicha acción. Puesto que carece de aplicación a este «permiso» el principio según el cual está permitido lo que no está prohibido, tampoco es aplicable el principio equivalente que consideraría prohibido lo que no está permitido. En efecto, no se prohíbe a un tercero reclamar judicialmente contra el deudor de otro, aun cuando no le está «permitido», esto es, no está auto-

rizado para hacerlo. Cuando el profesor Cossio afirma que el principio «lo que no está prohibido está permitido» no es equivalente al principio: «lo que no está permitido está prohibido», utiliza una vez la palabra «permitido» en el sentido de «no prohibido» y otra, en un sentido harto distinto, que es el sentido positivo de «estar autorizado».

Yo rechazo además la afirmación del profesor Cossio según la cual el principio «lo que no está prohibido está permitido» constituye un axioma apriorístico «porque es idéntico con referencia a la libertad constitutiva de la experiencia jurídica» (pág. 19). Bajo la «libertad constitutiva de la experiencia jurídica», la «libertad del ser humano», Cossio sólo puede entender la libertad metafísica del hombre, la indeterminación causal de su conducta, pues pone dicha libertad en conexión esencial no sólo con el Derecho sino también con la moral. En la pág. 37 afirma que la consideración del obrar humano como «poder hacer con la referencia inmanente e ineliminable a un Ego», es decir, la consideración del obrar como «libertad», constituye «la conducta como objeto del conocimiento ético». Esto sólo puede significar el dar expresión a la tesis característica del indeterminismo ético, según la cual el conocimiento ético, o sea, la representación del hombre como sujeto de deber y responsabilidad moral no es posible más que a condición de admitir que su conducta no está determinada, o lo que es lo mismo, que el hombre puede obrar como quiera, y que por eso, y en ese sentido, es «libre». Yo no soy indeterminista en el sentido usual de la palabra. En mi concepto, esa libertad no existe; y es posible una regulación moral y jurídica, tanto como la responsabilidad constituida por dicha regulación, aun cuando la conducta del hombre esté causalmente determinada y el hombre —en ese sentido— no sea libre. Cuando se dice que el hombre es jurídicamente «libre» de hacer u omitir alguna cosa, porque esta acción u omisión no está jurídicamente prohibida, el «ser libre» jurídicamente significa tan sólo no estar jurídicamente vinculado. Esta «libertad» jurídica no tiene que ver lo más mínimo con la libertad ética a la que se refiere el profesor Cossio, la libertad del «conocimiento ético», que no puede ser más que indeterminación causal. La libertad jurídica es un juicio sobre el contenido del ordenamiento jurídico normativo regulador de la conducta humana, no un juicio sobre la determinación o indeterminación causal de la conducta humana efectiva, o sea, no un juicio sobre el contenido del orden causal de la naturaleza.

Sin embargo, existe una cierta efectiva coincidencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica con respecto al prin-

cipio «lo que no está prohibido está permitido». Pues hay que reconocer que toda conducta humana —toda acción u omisión— que cae dentro del ámbito de validez de un ordenamiento jurídico positivo, se halla regulada por éste directa o indirectamente; directamente, cuando está prohibida; indirectamente, cuando no lo está y, por tanto, en este sentido, se halla permitida. Por eso no puede hablarse de una conducta humana que no se halle bajo la regulación del orden jurídico. Yo lo hice, sin embargo, a pesar de que apliqué el mencionado principio en mi crítica de la teoría de las lagunas del Derecho. Al rechazar la definición cossiana del Derecho como conducta humana he admitido que puede haber conducta humana que jurídicamente sea del todo indiferente, por no hallarse regulada por el Derecho. En realidad, este argumento es insostenible si hay que reconocer que toda conducta humana que cae bajo el ámbito de validez de un ordenamiento jurídico positivo se halla regulada por éste, indirectamente al menos cuando no lo está de manera directa. El profesor Cósio me llamó la atención sobre esta contradicción y he reconocido que, en este punto, la teoría egológica tenía razón. Pero yerra el profesor Cósio si cree que con eso ha salvado su posición de que el Derecho no es norma sino conducta humana. Aun dando por cierto que toda conducta humana está jurídicamente regulada, no es posible identificar el Derecho con la conducta, porque ésta sólo puede ser el objeto de la regulación jurídica y, por consiguiente, queda abierta la cuestión en torno a lo que el Derecho es y la cuestión acerca de en qué consiste esta regulación. Y esa es la cuestión fundamental en la gran antítesis que separa la teoría pura del Derecho de la teoría egológica.

III

El profesor Cósio llega a su tesis de que el Derecho no es norma o sistema de normas —como afirma la teoría pura del Derecho— sino «conducta», sobre la base de un procedimiento que él llama «intuición jurídica» (pág. 36). Esta intuición jurídica la presenta como parte de una teoría general de la cultura, puesto que él insiste muy acentuadamente en que la teoría egológica «no puede dudar que el Derecho es cultura» (pág. 35). Según esta teoría, «cultura» es «todo hacer del hombre, en tanto que obra según juicios de valor» (pág. 32). Pero por cultura no ha de entenderse sólo el obrar, la «actividad del hombre», sino también los «resultados producidos» por él: la actividad de un escultor y la estatua creada por él (pág. 33). «Este dualismo», el obrar y su pro-

ducto. «lo comprendemos nosotros en la unidad de la vida plenaria —a diferencia de la vida biológica— tan pronto como planteamos el problema de la cultura en el plano existencial» (páginas 32-33). No es muy claro lo que entiende el profesor Cósio por «plantear el problema de la vida plenaria en el plano existencial». De lo que dice, se deduce que el obrar humano y su producto constituyen una unidad como fenómeno de cultura, puesto que sólo es posible entender como cultura el «producto», la estatua, en cuanto creada por un hombre en una actividad dirigida a la realización de valores, y esta actividad sólo puede ser entendida como cultura en cuanto que se dirige a la realización de valores, al producto realizador del valor. En favor de esta interpretación del sentido de la unidad habla el hecho de que el profesor Cósio considera como «dos mitades» los dos elementos que forman la unidad: el obrar y su producto. Dice, en efecto: «Por tanto, si sometemos la cultura a una fenomenología existencial, el término cultura resulta equivalente —en el sentido comprensivo de sus dos mitades— a vida humana plenaria». Sólo de una y la misma cosa puede afirmarse que tiene «dos mitades» o «dos aspectos», como Cósio dice a continuación. «Por consiguiente, nosotros contraponemos la vida humana plenaria a la vida biológica y en consecuencia la entendemos como cultura, comprendiendo en su íntima unificación los dos aspectos de la misma: el que como vida plenaria 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 de su hacedor (objetos egológicos).» Ciertamente, el producto goza de una cierta autonomía por respecto a su productor, pero, sin embargo, está unido «en íntima unificación» con el producir, el obrar. Si el obrar y su producto deben entenderse como dos aspectos o mitades y su unidad es la unidad de uno y el mismo objeto de la cultura —como la actividad del escultor y la estatua por él creada— resulta bastante discutible el presentar estas dos mitades o aspectos, recíprocamente vinculados en una «íntima unificación», como dos objetos recíprocamente distintos, uno «egológico» y otro «mundanal». Pero esto son particularidades de una terminología que no parece hacer especial hincapié en cuanto a precisión y claridad. Más importante es señalar lo que parece esencial para esta teoría, a saber, que la cultura como «vida humana plenaria» con dos aspectos íntimamente unidos, la «vida plenaria en cuanto viviente» —el «objeto egológico»— y la vida plenaria «objetivada» —el «objeto mundanal»—, se contraponen a la vida biológica y, por

tanto, a la «naturaleza» (pág. 34); por consiguiente, que no pertenecen a la naturaleza ni la «vida objetivada», el objeto mundanal, el producto del obrar humano, ni la vida plenaria en cuanto viviente, el objeto egológico, el obrar humano determinado por valoraciones o, lo que es lo mismo, enderezado a la realización de valores. Uno y otro pertenecen en su totalidad a la cultura, son objetos culturales y no objetos naturales. Recurriendo al ejemplo anterior, se diría que no sólo la actividad del escultor, sino también el producto de la misma, la estatua en ella creada, no pertenecen a la naturaleza sino a la cultura; y de todo lo dicho anteriormente resulta obvio que el «objeto egológico» no puede entenderse sin la referencia al otro, al «objeto mundanal»; no puede «comprenderse» sin ella, para decirlo en términos de la teoría culturalista. Y, en efecto, ¿cómo sería posible comprender la actividad del escultor, el objeto «egológico», como llama a esta mitad el profesor Cósio, sin referencia a la estatua creada por el escultor, al «objeto mundanal» como se llama en la terminología cossiana a esta otra mitad. ¿Cómo sería posible comprender la estatua sin la referencia al artista que la crea? El profesor Cósio se cree obligado a insistir en que la cultura, aun siendo algo enteramente distinto de la naturaleza, es «real», sin embargo. «Es un puro prejuicio de una filosofía superada creer que realidad y naturaleza son términos sinónimos o que lo único realmente real sea la naturaleza, porque no se puede dudar de la realidad de un automóvil, de una estatua, de una balada, de una condena condicional, de un crédito, nada de lo cual es naturaleza» (pág. 34). A los objetos aquí mencionados por Cósio por vía de ejemplo, se les llama «objetos culturales».

De los «objetos culturales», tanto de los mundanos como de los egológicos, afirma el profesor Cósio que constan «de un substrato perceptible y de un sentido espiritual» (pág. 34). La diferencia es clara: el substrato puede ser percibido por los sentidos; el «sentido espiritual», no. Sin embargo, el substrato perceptible y el sentido espiritual deben constituir una «indisoluble unidad dialéctica». Esta teoría descompone la cultura, la «vida humana plenaria» —opuesta al ser natural— en dos mitades, el obrar humano, el objeto egológico, y su producto, el objeto mundanal. Cada una de estas dos mitades —u objetos, como se les llama— se descompone a su vez en otras dos mitades: el substrato perceptible y el sentido espiritual. Volviendo al ejemplo anterior, tendríamos el substrato perceptible de la estatua creada por el escultor y el sentido espiritual de esta estatua; el substrato perceptible de la actividad del escultor y el sentido espiritual de dicha actividad. Dos

substratos perceptibles y dos sentidos espirituales. Tal es el cuádruple objeto global de la cultura según esta teoría. No parece cosa fácil comprender semejante objeto cuádruple como una unidad; pero el profesor Cósio simplifica este casi insoluble problema de una manera sorprendente.

Después de lo dicho anteriormente, no puede quedar duda de que el substrato perceptible y el sentido espiritual del objeto cultural son dos cosas distintas, tan absolutamente diferentes como que la una se puede percibir y la otra no. Por eso, la relación entre una y otra sólo se puede expresar diciendo que el objeto cultural *tiene*, junto a un substrato perceptible, un sentido espiritual, aun admitiendo que el substrato y el sentido se hallan inseparablemente unidos entre sí. Pero dice el profesor Cósio: «La teoría egológica no afirma que los objetos culturales *tienen* un sentido, sino que sostiene «que el objeto cultural *es* un sentido; su ser es ser un sentido, es decir, su ser consiste en existir; se trata de sentidos existentes y *ex-sistentes* cual es la entidad de la vida plenaria en general» (pág. 35). Por mucho que se recurra a estos abstrusos amontonamientos de palabras como *ex-sistencia* y *entidad de la vida plenaria*, no se podrá ocultar el hecho de que el sentido espiritual no es perceptible; por tanto, si un objeto cultural —egológico o mundanal— es un sentido espiritual y, por tanto, no es perceptible, no puede tener un objeto que sea perceptible. Sin embargo, pocas líneas antes había afirmado enfáticamente el profesor Cósio que tiene tal substrato perceptible. Mediante esta contradicción trata la teoría egológica de deshacerse de una de las mitades del objeto cultural —tanto del objeto mundanal como del egológico—.

Pero en su teoría jurídica, trata la Egología de desentenderse también de una de las mitades del objeto global de la cultura, o sea de aquella mitad a la que el profesor Cósio llama objeto mundanal. Para integrar la teoría egológica del Derecho en su teoría de la cultura, preguntase el profesor Cósio: «¿En cuál de las dos mitades de la cultura como vida plenaria debe buscarse el Derecho?» (pág. 35). Esta pregunta se halla en contradicción con la afirmación de que las dos mitades de la cultura, el obrar humano y su producto, constituyen una unidad. Pues si forman una unidad, el Derecho no puede pertenecer a una de las dos mitades, sino a las dos conjuntamente, o sea, al obrar humano y a su producto, a la mitad egológica y a la mitad mundanal. Si el Derecho es cultura, tiene que consistir, de acuerdo con esta teoría de la cultura, tanto en el obrar como en su producto específico, ya que los dos tienen que comprenderse en la «unidad» de la «vida ple-

naria», como el profesor Cósio asegura insistentemente. Y, desde el punto de vista de esa teoría de la cultura, ello sería perfectamente posible. Pues el Derecho, el Derecho *positivo* —único objeto de la ciencia jurídica—, es un producto del obrar humano, lo que nadie podrá negar en serio, y en cuanto tal es —en la terminología cossiana— «vida plenaria objetivada» o un «objeto mundanal», como lo es la balada compuesta por un poeta, para seguir el ejemplo utilizado por el propio profesor Cósio. Pero la teoría egológica, que desde un principio se ha aferrado a la tesis de que el Derecho es conducta humana, tiene que cerrar los ojos ante el hecho innegable de que el Derecho positivo es un producto del obrar humano dirigido a la realización de valores. Como teoría jurídica, sólo puede utilizar una de las dos mitades del objeto sometido a discusión, el obrar, y por eso tiene que ignorar la otra mitad, el producto, que es lo esencial —a pesar de que, de acuerdo con su teoría de la cultura, éste se halla inseparablemente unido con el obrar—.

A continuación afirma el profesor Cósio: «Esas dos mitades, la de la vida objetivada y la de la vida viviente, han sido deslindadas por la teoría egológica en atención al substrato perceptible del objeto cultural; en aquel caso —o sea, el de la vida objetivada— el substrato es una porción de Naturaleza (objetos mundanales); en este caso —el de la vida viviente— el substrato es la propia vida del hombre plenario y no ya su mero organismo biológico...» (pág. 35). La contradicción con la teoría anteriormente expuesta de la cultura resulta todavía más aguda. De lo dicho por el profesor Cósio sobre la esencia de las dos mitades, la «vida objetivada» u objeto mundanal y la «vida plenaria en cuanto viviente», o sea el objeto egológico, no se deduce que éste se distinga por su substrato perceptible. El había establecido la distinción entre las dos mitades por cuanto el objeto egológico representa la actividad humana, mientras que el objeto mundanal constituye el producto de esta actividad; y esta distinción era anterior a la hecha después por él entre el substrato perceptible y el sentido espiritual de cada uno de los dos objetos. Con arreglo a la teoría de la cultura expuesta por el profesor Cósio, la cultura es «vida humana plenaria» con sus dos mitades, y por eso, también la «vida objetivada» y con ella su substrato perceptible, como una de las mitades de la existencia cultural, se halla en contraste u oposición con la vida biológica en cuanto naturaleza y, por consiguiente, el substrato de la vida objetivada, como objeto mundanal, no puede ser una porción de naturaleza. En este respecto, no puede haber diferencia alguna entre el substrato perceptible del objeto mun-

danal, o sea del producto del obrar humano (como, por ejemplo, la estatua creada por el escultor) y el substrato perceptible del objeto egológico, que también tiene que ser actividad escultórica perceptible. Y si el substrato perceptible del objeto mundanal es una «porción de naturaleza» —lo que no puede ser con arreglo a esta teoría de la cultura—, también es una porción de naturaleza el substrato perceptible del objeto egológico, el obrar visible del hombre. El profesor Cósio parece haber olvidado que antes había afirmado que el objeto cultural —tanto el mundanal como el egológico— no tiene un sentido, sino que es un sentido espiritual. ¿Cómo podría ser una porción de naturaleza el substrato del objeto mundanal, si este objeto es un sentido espiritual? Siguiendo la vía de esta contradicción llega el profesor Cósio al siguiente resultado: «la pregunta formulada tiene ahora fácil respuesta: el Derecho no es vida humana objetivada, porque puestos a señalar su substrato perceptible no lo encontraremos en ninguna porción de la naturaleza. El Derecho es conducta, vida humana viviente, objeto egológico.» Puesto que la «vida objetivada» y su substrato no pueden ser una porción de naturaleza, porque pertenecen a la cultura y no a la naturaleza, resulta completamente infundada la afirmación de que, por no ser naturaleza, el Derecho no es tampoco vida objetivada y, por tanto, objeto mundanal. Como es del todo infundada la afirmación subsiguiente de que, por no ser objeto mundanal, el Derecho es un objeto egológico. Si el Derecho es cultura, como afirma el profesor Cósio, necesariamente tiene que consistir, con arreglo a la teoría de la cultura sustentada por él mismo, no únicamente en un obrar, en una conducta, en un objeto egológico, sino en el obrar y en el producto de este obrar, el objeto mundanal. Pero es precisamente lo que el profesor Cósio trata de evitar, aun a riesgo de incurrir en una flagrante contradicción y a pesar de que ello constituye la inevitable consecuencia de su teoría de la cultura: confesar que el Derecho no es sólo un hacer, sino también su resultado, o con otras palabras, no sólo un acto, sino también la norma creada en este acto.

Si, como afirma el profesor Cósio, el Derecho es sólo «conducta», o sea un obrar y no también un producto específico de este obrar, es o tiene —como expresamente tiene aquél que confesarlo— un «substrato perceptible»; y si como objeto cultural tiene un substrato perceptible, no se comprende por qué razón ha sostenido Cósio —contradiendo su anterior afirmación— que el objeto cultural no tiene, sino que es un sentido espiritual, lo que equivale a decir que no puede ser un substrato perceptible. En el transcurso de nuestro análisis veremos por qué la teoría egoló-

gica afirma al Derecho ora como algo perceptible, ora como no perceptible, o sea como un puro contenido de sentido. Aquí me limito a afirmar que la teoría egológica abandona en su doctrina del Derecho su concepción de la cultura desde el momento que reconoce el Derecho sólo como objeto egológico y no también como objeto mundanal y separa en su teoría jurídica el producto del obrar humano, el objeto mundanal, del obrar mismo, el objeto egológico —que en su teoría de la cultura había afirmado inseparablemente unido a aquél—. La teoría egológica del Derecho tiene que perder toda conexión con la teoría egológica de la cultura si trata de entender el Derecho sólo como un obrar sin referencia a su producto, si comprende el Derecho sólo como «vida humana plenaria en cuanto viviente» y no al mismo tiempo como «vida humana objetivada»; lo que, desde el punto de vista de la teoría de la cultura, conduce al vano empeño de querer comprender la actividad de un escultor sin referencia a la estatua creada por él.

En esta ocasión afirma el profesor Cossio también que en esta segunda mitad de la cultura, el obrar del hombre, y precisamente en su substrato perceptible, «se halla el inseparable *ego* actuante de toda acción humana: de ahí la denominación epónima; de ahí que el objeto egológico sea un sinónimo de la conducta como conducta hecha objeto de conocimiento». De un «*ego*» sólo puede hablarse si se piensa uno a sí mismo como sujeto de conocimiento, no si se considera a la «conducta» como objeto del conocimiento, porque entonces la conducta vendría en consideración como Derecho objetivo. Pues esa conducta no es, o no es solamente, la conducta del sujeto cognoscente del Derecho. Si de ahí viene el nombre de la doctrina cossiana, procede en verdad de una aplicación equivocada de la palabra «*ego*». Pero de lo que sigue resultará que la teoría egológica toma su punto de partida en el hecho de una autoobservación, la conciencia del propio yo del teórico, el cual es en este sentido —pero sólo en este— un verdadero *ególogo*.

El profesor Cossio ilustra la concepción egológica del Derecho, que presenta como una parte de la teoría egológica de la cultura —aun cuando, en verdad, no tiene nada que ver con ella— con el siguiente ejemplo: «tomemos a consideración, desnudamente como dato, un acto de conducta cualquiera; por ejemplo: yo tomo un libro y lo traslado de un punto a otro de esta mesa» (pág. 36). Ya este punto de partida es equivocado. Pues el Derecho como objeto de la ciencia jurídica no es un objeto dado a la autoobservación, al conocimiento del *ego*, sino un objeto existente de algún modo

fuera del ego. El conocimiento jurídico no recae sobre el yo, sino sobre un objeto distinto del yo. Por eso debe observarse de pasada que ya el mero hecho de designar como «egológica» una teoría del Derecho conduce necesariamente el pensamiento por una vía falsa.

Si el ejemplo del profesor Cósio hubiera de ser aplicable a alguna intuición jurídica, habría de presentarse como observación de un hecho objetivo, es decir, del hecho de que alguien que no es el observador traslada el libro de un lado a otro de la mesa, pero nunca como observación de una conducta propia. En seguida se verá la razón por la cual el profesor Cósio adopta este falso punto de partida. Él dice que no quiere contemplar el hecho «en sí mismo», sino «en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado con lo que omito»; pues de ese modo, afirma, el hecho, el «obrar», puede considerarse como «libertad». El obrar no puede ser, naturalmente, libertad. Lo que piensa el profesor Cósio es que el hacedor es «libre», que yo soy libre cuando hago u obro algo, entendiendo entonces por libertad, como antes se dijo, la indeterminación causal. La consideración de mi propio obrar como un obrar causalmente no determinado constituye a juicio del profesor Cósio un punto de vista «ético» (págs. 36-37).

Es cierto que si se quiere anticipar la propia conducta futura, no es posible conocer su determinación causal, puesto que la autoobservación interviene en el nexo causal. Pero, en principio, ya la contemplación de la propia conducta pretérita permite un conocimiento de la determinación causal de la misma. Pero cuando se contempla la conducta ajena, la admisión de la determinación causal no sólo es posible, sino que constituye un postulado ineliminable del conocimiento, si se trata de la libertad en el sentido pensado por el profesor Cósio. Por eso es infundada, aun desde el punto de vista de la autoobservación, la afirmación de que la conducta humana es libre, o sea causalmente indeterminada. Pero el hombre posee la ilusión de la «libertad», puesto que no le es dado conocer la determinación causal de su conducta futura. Y no otra cosa que esta ilusión es la que introduce el profesor Cósio como elemento esencial de su «intuición jurídica». Para poder hacerlo es por lo que elige el falso punto de partida de la autoobservación de una conducta propia.

Pero con esto incurre en un nuevo error. Da por supuesto que una consideración ética presupone la libertad entendida como indeterminación causal. Yo he demostrado repetidamente que esto no es así, que el hombre no es una personalidad ética, o sea, sujeto de deberes y de responsabilidad porque es libre en el sentido de causalmente indeterminado, sino al revés, que es libre, o sea,

que es el punto final de una imputación porque una norma moral o jurídica le hace obligado o responsable (3).

Pero el profesor Cossio afirma todavía que aún cabe «otra intuición posible del mismo dato de nuestro ejemplo, también en cuanto es libertad» (pág. 37). Sin embargo, esta «nueva posible intuición» es la intuición de un dato completamente distinto. Pues el profesor Cossio no contempla ahora su propia conducta, sino la conducta de otro hombre, de un «tercero», como él dice, o sea, de un hombre que le prohíbe o no le prohíbe algo. «Yo considero ahora, dice el transporte del libro en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide». Y seguidamente añade: «El hacer y la impedibilidad concomitante aparecen a la vista, ahora también, en cuanto que dados en el dato, pero de tal modo que mi hacer —y el transporte del libro como hacer— ya no es visto como un hacer 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 en el dato». Tal vez en español resulta más claro que en alemán lo que el profesor Cossio quiere decir con todo esto. Pues si realmente él contempla la conducta en cuestión, el transporte del libro, desde el punto de vista de su permisión o impedimento por parte de otro, ya se ha introducido en la intuición jurídica la «norma» a la que la teoría egológica no quería recurrir para concebir el Derecho. Pues «prohibir» o «impedir» y «permitir» significan tanto como normar. Pero supongamos que el profesor Cossio los entiende como un mero impedir o no impedir fácticos. Sin embargo, nunca se comprenderá por qué la conducta del hombre que no es impedida por otro deba considerarse como un «obrar común» de los dos; pues lo único que hay es uno que hace algo y otro que no hace nada. Y si la conducta de un hombre no es impedida, no lo es sólo por uno, sino por *todos* los demás hombres, y entonces habría que decir que la conducta no impedida de uno, es un «obrar común» de todos los hombres, lo que notoriamente es absurdo. Pero si la conducta de un hombre es impedida, si, por ejemplo, «un tercero» prohíbe al profesor Cossio transportar el libro de un lugar a otro de la mesa, el profesor Cossio no lo hace; sólo ha tenido la intención de hacerlo: pero entonces no hay tampoco un obrar del profesor Cossio, sino sólo del

(3) Cfr. mi trabajo «Causality and Imputation». *Ethics*, vol. LXI, número 1, 1950, págs. 1-11.

tercero que se lo ha impedido. Por tanto, aquí no se puede hablar tampoco de un obrar común, ni siquiera de un no-obrar común, pues sólo la conducta de uno es un no obrar, y un obrar la conducta del otro. Del obrar del tercero que impide al profesor Cossio transportar el libro puede decirse que ha sido la causa del no transporte del libro. Pero lo que no puede decirse es que el no transporte del libro sea una conducta común del profesor Cossio y del tercero, o sea, que no sólo el profesor Cossio, sino también el tercero no han transportado el libro. Lo único que podría decirse por el profesor Cossio es que él no ha transportado el libro, que ha tenido la intención de hacerlo, pero que un tercero le ha impedido la realización de este propósito. En el ejemplo citado, el profesor Cossio sólo tiene la intención de transportar el libro, pero el tercero no tiene la misma intención, sino la de impedir que otro realice esa operación. En el mismo sentido podría decirse de este tercero, únicamente, que él no ha transportado el libro, como podría decirse de todos los demás, y que tampoco ha tenido la intención de hacerlo. Si el no transporte del libro por el profesor Cossio fuera una conducta común de él y del tercero, tendría que ser también una conducta compartida con todos aquellos que no han tenido la intención de transportar el libro. Esto significaría que la conducta de cada uno es al mismo tiempo conducta de todos los demás, lo cual es absurdo. Si la conducta de un hombre no impedida por la conducta de otro es una conducta de ambos, también lo será la conducta de un hombre que impide la conducta de otro, y entonces la conducta impeditiva sería una conducta tanto del impediendo como del impedido. De suerte que cuando el profesor Cossio se viese impedido por un tercero de transportar un libro, habría que decir que quien impide al profesor Cossio transportar el libro no era sólo el tercero, sino el propio profesor Cossio: lo cual es absurdísimo.

Sólo queda ahora preguntarse la razón por la que el profesor Cossio se ve impulsado a tan absurdas afirmaciones. Sólo cabe una sospecha. Si el tercero es el órgano jurídico que impide una determinada conducta del hombre estableciendo una norma que la prohíbe, o sea, que vincula con ella una consecuencia desfavorable, y si este obrar del órgano, este poner una norma, es un obrar común del órgano que la establece y del cumplidor o infractor de la misma, o sea, del hombre impedido o no en su conducta por un órgano jurídico, cabe considerar la norma como inmanente no sólo a la conducta del órgano, sino también a la del hombre impedido o no en ella. Pues entonces, el acto de establecer una norma por la que se impide o no una conducta del hombre, debe considerar-

se no sólo como conducta del órgano, sino como obrar del hombre cuya conducta es prohibida por la norma. En efecto, el profesor Cósio dice más tarde (pág. 39) que la teoría egológica ha afirmado desde siempre que el concepto de norma «integra el objeto montado por ella, de suerte que la norma, en cuanto sentido, es inmanente a la conducta». Esto debe entenderse en el sentido de que la norma es inmanente a la conducta que regula. Ahora bien, del acto de posición normativa puede decirse que la norma le es imanente como sentido, pero esto sólo podrá afirmarse de la conducta regulada por la norma si se interpreta como un «obrar unitariamente común» el acto de establecer la norma y la conducta regulada por la norma. Si la norma es inmanente a la conducta regulada por ella, con una simple intuición de esta conducta se captará el Derecho regulador de la misma. A esto precisamente es a donde va a parar la teoría egológica.

Puesto que el hombre vive en sociedad, toda conducta humana puede ser impedida por cualquier otro. Haciendo referencia a esta posibilidad de impedimento, no se dice nada, o únicamente se dice sino que la conducta humana se realiza en sociedad. En rigor, lo que se dice es que tiene que tratarse precisamente de conducta humana. Pues también la conducta de un animal puede ser impedida por otro animal. No existe diferencia alguna, desde el punto de vista de una consideración enderezada a la posibilidad de un impedimento; entre el hecho de que un hombre impida o no a otro transportar un libro y el hecho de que un perro impida o no a otro roer un hueso. Y en todo caso, haciendo referencias a la posibilidad de impedimento de una conducta, nada se ha dicho relativo al Derecho. Pues aun diciendo —cosa que no hace el profesor Cósio— que el Derecho regula la conducta de un hombre que puede ser impedida por la conducta de otro, sólo se habría dicho que el Derecho regula la conducta social; pero esto también lo hace la moral. Y entonces, el Derecho es cabalmente la regulación de esta conducta, no la misma conducta impedita por otro, o sea, la conducta social. Surge entonces la cuestión: qué es el Derecho, la cuestión de en qué consiste la regulación jurídica de una conducta humana impedita. Haciendo referencia a la impeditibilidad de la conducta de un hombre por la de otro, el profesor Cósio no ha contestado ni remoramente a estas preguntas. Sin embargo, es lo que afirma, pues continúa diciendo: «Esta es la consideración de la conducta en su interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiero concebirla conceptualmente. Así queda deslindado intuitivamente el ámbito total del Derecho sin haber

recurrido a ninguna norma» (pág. 37). ¿Qué puede haber de «Derecho» en el hecho de que un hombre transporte un libro de un lugar a otro de una mesa y un tercero se lo impida o se lo deje de impedir? ¿Cómo es posible calificar jurídicamente esta conducta sin hacer referencia a una norma jurídica que prohíbe o no prohíbe esta conducta? Si hay hombres que viven unos con otros sin estar sometidos a ese específico ordenamiento coactivo que se llama Derecho, existe también entonces la posibilidad de que la conducta de uno sea impedida por otro. Y si se admite que la convivencia de los hombres no es posible sin tal ordenamiento coactivo, entonces sólo es posible comprender jurídicamente la conducta impedible del hombre haciendo referencia a ese ordenamiento. El profesor Cósio llama «interferencia intersubjetiva» a la posibilidad de que la conducta de un hombre sea impedida por la conducta de otro, explicando del siguiente modo (pág. 38) dicha expresión: «En cambio, la intersubjetividad que define la teoría egológica como auténtica alteridad jurídica, se refiere a la intersubjetividad del comportamiento mismo según la cual éste resulta un hacer compartido, es decir, donde el acto de alguien, en cuanto está impedido o permitido por otro, resulta un acto conjunto de ambos». Con esto no hace más que repetir lo mismo que antes dijo a propósito del traslado del libro. Pero si afirma que con la «interferencia intersubjetiva» ha definido el concepto del Derecho, es evidente que entiende por «Derecho» algo enteramente distinto de lo que la ciencia jurídica entiende y ha entendido siempre como tal.

Es claro que a nadie se le puede impedir dar una significación arbitraria a una palabra determinada. Pero si la teoría egológica entiende por Derecho la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, se refiere a un objeto diferente del de la ciencia jurídica en general y del de la teoría pura del Derecho en particular. Es evidente que se puede describir la conducta humana en su interferencia intersubjetiva sin recurrir a normas, si se define la interferencia intersubjetiva como la posibilidad de una conducta de ser impedida. Esto no puede discutirse, y tampoco lo discute la teoría pura del Derecho. Pero cuando el profesor Cósio habla del auténtico objeto de la ciencia jurídica, o sea, del objeto que llama Derecho la teoría jurídica pura, anula su afirmación de que la «interferencia intersubjetiva» constituye el objeto del conocimiento jurídico y de que puede determinar la esencia del Derecho con la mera referencia a la posibilidad de que una conducta impida otra conducta, sin recurrir a las normas. Pues dice finalmente: «Es verdad que con esta sola intuición —se refiere a la de la interferen-

cia intersubjetiva— 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» (pág. 39). Si sobre la base de la intuición egológica de una conducta no podemos saber si esta conducta es una facultad, una prestación, un entuerto o una sanción, no sabemos, basándonos sólo en ella, si esa conducta tiene alguna cualidad jurídica y, por consiguiente, esa intuición no nos pone en contacto con el Derecho. Y si para saber si la conducta tiene esas cualidades en cuestión, «necesito de la norma», es evidente que la intuición jurídica no es posible sin recurrir a las normas. El profesor Cósio se ve obligado a confesar que «el Derecho, en la experiencia, no puede aparecer nunca a secas, determinado como Derecho y nada más, sino que aparece de alguna de aquellas cuatro maneras; de modo que aparece siempre de alguna forma como norma, ya que sin la norma no podríamos lograr ninguna de estas cuatro determinaciones» (págs. 39-40). Esta es la cuestión que la ciencia jurídica en general y la teoría pura del Derecho en particular quieren contestar: cómo aparece el Derecho en la experiencia, o sea, como Derecho positivo. Un Derecho situado fuera de la experiencia— por ejemplo, el Derecho natural— no es objeto de la ciencia jurídica; no lo es, por lo menos, de la teoría pura del Derecho. Y si la teoría egológica tiene que confesar que el Derecho aparece en la experiencia «siempre en las determinaciones de facultad, prestación, entuerto o sanción», la teoría egológica afirma exactamente lo mismo que la teoría pura del Derecho, puesto que una «facultad», una «prestación», un «entuerto» o una «sanción» son definidos por las normas del Derecho. La palabra «definición» o «determinación» significa aquí lo mismo que normación, es decir, es un modo de expresar el «Derecho». La confesión de que la intuición egológica del Derecho no puede lograr ninguna de estas «determinaciones» sin «referencia a una norma», significa que no se puede llegar al Derecho más que por las normas, para la teoría pura del Derecho tanto como para la teoría egológica. La norma, que es arrojada de la entrada principal del palacio de la teoría egológica, vuelve a colarse por una puerta falsa. La apariencia de una oposición con la teoría pura del Derecho sólo se mantiene por cuanto que en lugar de la palabra «Derecho» se utiliza la expresión sinónima «determinación». Y esa apariencia hay que mantenerla, porque el profesor Cósio vuelve a su punto de partida, contradiciendo todas sus anteriores afirmaciones, al decir: «El Derecho como objeto ha quedado patentizado como conducta en interferencia intersubjetiva y esto se ha logrado me-

diante una pura intuición eidética de su faz óptica, sin recurrir para nada a normas de ninguna clase».

Pero el profesor Cósio no parece estar muy seguro de haber probado suficientemente su tesis. Pues considera necesario ilustrarla con el siguiente ejemplo: «Cuando fueron los aviones alemanes, en 1914, a bombardear París, trasladaron la Venus de Milo al sótano del Louvre, cubierta de bolsas de arena, para protegerla de las bombas; y así con todo el tesoro artístico del gran museo. ¿Por qué no se podía proteger de la misma manera el Derecho francés, siendo también una realidad cultural? La respuesta es sólo una: porque en la conducta de los franceses estaba el Derecho francés en presencia intrasladable» (pág. 40). La ridícula pregunta, de por qué no se trasladó el Derecho francés a los sótanos del Louvre al igual que la estatua de la Venus de Milo, es una pregunta que se la puedo dirigir yo al profesor Cósio, no éste a mí. Pues él y no yo es quien afirma que el Derecho, como la estatua de la Venus de Milo, es un objeto cultural; y que los objetos culturales consisten «en un substrato perceptible y un sentido espiritual», de tal suerte que «substrato y sentido» se «interpenetran recíprocamente» (pág. 35). Por tanto, debía ser la teoría egológica la que debía hacer llevar a los sótanos del Louvre al Derecho francés o, por lo menos, a su substrato perceptible, o sea, la conducta humana visible. Pero como el profesor Cósio vuelve contra mí la lanza —cuya punta está roma— y me dirige la pregunta, debo desengañarle y afirmar que hay todavía otra respuesta distinta de la «única» que él admite. La teoría pura del Derecho contesta a la pregunta —posible desde el punto de vista de la teoría egológica y que la reduce *ad absurdum*— diciendo que el Derecho es un sistema de normas, o sea, de contenidos de sentido, y no un objeto perceptible sensorialmente, como la conducta humana o la Venus de Milo, dos objetos que sólo la teoría egológica pone en el mismo plano como objetos culturales; y precisamente por eso es imposible y carece de sentido, según la teoría pura del Derecho, enclaustrar el Derecho en los sótanos del Louvre. Mientras que si el Derecho fuese conducta humana —como afirma el profesor Cósio—, sí que habría podido ser guardada en los sótanos del Louvre y de hecho lo fué, puesto que lo que llevó a ellos la Venus de Milo fué conducta de los franceses. Quizá replicaría el profesor Cósio diciendo que él, —tal vez previendo esta respuesta— afirmó en su teoría de la cultura que el objeto cultural no *tiene* un sentido, sino que *es* un sentido, y como tal sentido no es perceptible. Pero yo tendría que recordarle que en su misma teoría de la cultura afirmó que el objeto cultural consiste en un substrato perceptible

y un sentido espiritual, y que en cuanto trata de articular su teoría jurídica en su teoría cultural habla expresamente del *substrato perceptible* del Derecho.

Parece que el profesor Cossio cree poder definir el Derecho como conducta humana en su «interferencia intersubjetiva» sin recurrir a una norma, porque partiendo del principio de que está jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, puede llegar a la conclusión —contenida en todo lo anterior— de que el ordenamiento jurídico positivo regula directa o indirectamente toda conducta humana que cae bajo su ámbito de validez. Él dice (pág. 38) que «la intersubjetividad a que alude la teoría egológica para definir ónticamente el Derecho, no se refiere exclusivamente al impedir, sino al impedir y al permitir a la vez; es decir, a la acción humana desde el punto de vista de su impenetrabilidad», e inmediatamente añade: «Con esta intuición queda deslindado el ámbito total de lo jurídico y determinado el objeto específico de la ciencia jurídica». Ahora bien, del hecho de que toda conducta humana pueda considerarse como regulada directa o indirectamente por el Derecho, no se sigue en modo alguno, como antes se dijo, que el Derecho es conducta humana. Todo lo contrario. En la proposición en cuestión, el Derecho es distinguido del objeto regulado por él, o sea, la conducta humana, presuponiéndose aquél como regulación, o sea, como norma. La intuición egológica no «delimita» —como afirma el profesor Cossio— «el ámbito total de lo jurídico», sino tan sólo el objeto de la regulación jurídica, o sea, la conducta humana. Y por eso tampoco determina el «objeto específico de la ciencia jurídica», sino el objeto del Derecho. Al definir la teoría egológica el Derecho no como norma sino como conducta humana, confunde el objeto del Derecho, o sea, de la regulación jurídica, que es la conducta humana, con el objeto de la ciencia jurídica, que es el Derecho. Y esta confusión se halla íntimamente vinculada con el hecho de que la teoría egológica —como veremos seguidamente— no advierte la diferencia esencial que existe entre la función del Derecho, que es normar, y la función de la ciencia jurídica, que es conocer.

La teoría egológica sigue un curso paralelo al de la teoría marxista del Derecho, en su empeño de definir el concepto del Derecho haciendo caso omiso de las normas (4). Según la concepción materialista de la historia de Marx, que reduce todos los fenómenos

(4) Cfr. mi escrito «Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischen Geschichtsauffassung». *Archiv f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Tübingen, 1931, págs. 449-521.

políticos a determinados hechos económicos, el Derecho y el Estado son instrumentos específicos de explotación capitalista, que desaparecerán automáticamente tras la implantación del comunismo. De acuerdo con esta doctrina, los juristas de la Unión Soviética, durante el primer período de su existencia, bajo la dirección de Stutschka y Paschukanis, se pusieron en abierta oposición con la teoría jurídica «normativa», a la que repudiaron como doctrina «burguesa», y definieron el Derecho como mero agregado de fenómenos sociales, sin recurrir a las normas. «Relaciones sociales», sin embargo, sólo es un modo menos pretencioso de expresar la «interferencia intersubjetiva». Naturalmente, los juristas soviéticos no podían identificar sin más el Derecho con todas las posibles relaciones sociales, pues entonces se habrían visto forzados a confesar que también en la sociedad comunista existía el Derecho. Por eso, sólo identificaron el Derecho con las relaciones sociales características de la sociedad capitalista, o sea, las relaciones de la producción y la distribución capitalista de los bienes; es decir, trataron de reducir los fenómenos jurídicos a fenómenos económicos, con lo que podían disolver el concepto del Derecho como una función «ideológica». Naturalmente, esta tendencia era paralela de la aversión política contra el Derecho, al que se creía condenado a muerte como maquinaria de explotación capitalista. Pero una vez que el Estado y el Derecho soviéticos se vieron estabilizados tras la completa destrucción de la economía capitalista, se produjo un cambio radical dentro de la teoría jurídica soviética. Bajo el nuevo y decisivo caudillaje del jurista Wyschinsky, se volvió a la teoría normativa y el Derecho fué nuevamente definido como un sistema de normas. Los juristas que de buena fe habían aceptado la sociología marxista y rechazado en consecuencia como ideología burguesa la teoría normativa, fueron ahora declarados enemigos del pueblo (5). Esto no fué debido, naturalmente, a motivos científicos, sino políticos. La teoría según la cual el Derecho es sólo un instrumento de explotación capitalista, por lo que no puede tener cabida en una sociedad comunista, no se adapta a la realidad del Estado soviético, cuyo Gobierno está interesado en que el Derecho de ese Estado sea considerado y respetado como norma obligatoria. Pero esto significa que tan pronto como deja de rechazarse el Derecho en cuanto tal, no pueden cerrarse los ojos ante

(5) Véase el volumen colectivo *Soviet Legal Philosophy*. Translated by HUGH W. BABB. With an Introduction by John N. HAZARD. 20th Century Legal Philosophy Series, vol. V, Cambridge, Mass., Harvard University Press. 1951. págs. 284, 337.

su carácter normativo. Y esto es también lo decisivo en la antítesis entre teoría pura del Derecho y teoría egológica: la negación del carácter normativo del Derecho, el tratar de definir el Derecho al margen de las normas, conduce a la negación del concepto mismo del Derecho. Y como la teoría egológica quiere evitar esta consecuencia, se ve forzada en última instancia a recurrir a las normas.

IV

Una ulterior diferencia entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica es mi distinción entre *norma* jurídica y *proposición* jurídica. La teoría pura del Derecho afirma algo que nunca fué negado por nadie, porque es una verdad evidente, a saber, que existe una diferencia esencial entre la función de la autoridad que crea el Derecho y establece las normas y la función de la ciencia jurídica, que no crea el Derecho, sino que únicamente conoce y describe el Derecho creado por la autoridad jurídica mediante juicios que yo he llamado proposiciones jurídicas a diferencia de las normas jurídicas establecidas por la autoridad. La autoridad jurídica no tiene que *describir*; lo que ella hace es *prescribir*: da preceptos, es decir, establece normas.

La teoría jurídica tradicional no ha puesto nunca en tela de juicio esta diferencia, aun cuando terminológicamente no la haya expresado con suficiente claridad, puesto que empleaba la palabra Derecho, indistintamente, para significar tanto el objeto de la ciencia jurídica como esta ciencia misma; así, por ejemplo, se habla del «Derecho internacional clásico» para hacer referencia a la teoría clásica del Derecho internacional. Yo he aludido repetidamente a lo erróneo de esta teoría; y para evitar equívocos he propuesto llamar normas jurídicas a las normas del Derecho y proposiciones jurídicas a las proposiciones de la ciencia jurídica.

Estas proposiciones jurídicas, y no las normas establecidas por la autoridad, son juicios hipotéticos mediante los que la ciencia jurídica describe la específica vinculación existente entre los hechos condicionantes y las consecuencias del entuerto. Por eso el profesor Cossio no presenta exactamente la diferencia entre norma jurídica y proposición jurídica cuando dice en la página 46 que, según mi doctrina, el órgano jurídico emite «juicios prescriptivos». Normas como, por ejemplo, paga tus deudas, di la verdad, castiga al delincuente, no constituyen juicios. Pero si una ciencia describe estas normas y aclara su sentido diciendo que, conforme a un determinado ordenamiento normativo, el hombre debe pa-

gar sus deudas, decir la verdad, castigar al delincuente, es evidente que *ella* emite entonces un juicio descriptivo. El libro en el que he criticado hace más de cuarenta años la teoría imperativa, mis *Problemas capitales de la teoría del Derecho del Estado*, lleva como subtítulo: «desarrollados desde la doctrina de la proposición jurídica». La finalidad de esta crítica era demostrar que la proposición jurídica no es un imperativo, sino un juicio. Confieso, sin embargo, y así lo he hecho hace ya tiempo, que en un principio no he visto con toda claridad la diferencia entre la norma de Derecho y la proposición jurídica. Por lo que se refiere a la pregunta que me dirige el profesor Cossio, si la norma es una «orden», le repetiré lo que ya he dicho muchas veces, a saber, que se la puede llamar «orden» a condición de darse cuenta de que se utiliza esa palabra en un sentido que no es el suyo originario. Pues una orden existe cuando un hombre expresa su voluntad dirigida hacia la conducta de otro hombre y éste adquiere conocimiento de esa expresión de voluntad. El ordenante tiene que querer el contenido de su orden. En mi análisis del más importante de los actos creadores de normas, el acto legislativo, he mostrado que los hombres que ejecutan dicho acto, los miembros del Parlamento, no necesitan dirigir su voluntad al contenido de la ley aprobada por mayoría de votos, que los miembros de la mayoría muchas veces no conocen o conocen muy superficialmente; que lo único que tienen que querer es la emisión de su voto; que los miembros de la minoría no quieren seguramente el contenido de la ley contra la cual votan y, sin embargo, su participación en el acto legislativo es esencial; y que si los miembros de la mayoría cambian su voluntad respecto al contenido de la ley —supuesto que han tenido alguna—, pero no la manifiestan mediante un acto formal de derogación de la ley aprobada, ésta sigue en vigor, mientras que si se tratase de una orden verdadera, ésta dejaría de existir tan pronto como su autor variase su voluntad con respecto al contenido de la misma. El producto del acto legislativo es cabalmente una norma válida y, por ende, obligatoria, mientras que mediante una orden sólo se constituye una norma vinculante para el destinatario, bajo el supuesto de que su autor esté autorizado para mandar y el destinatario obligado en consecuencia a obedecer.

En la diferencia entre la norma jurídica establecida por la autoridad y la proposición jurídica formulada por la ciencia del Derecho se trata, ante todo, de señalar que la ciencia jurídica tiene una función cognoscitiva, mientras que la esencia de la función de la autoridad no es conocer, sino normar. Pues, por lo demás, ¿qué es lo que podría conocer la autoridad jurídica? Sólo el Dere-

cho, puesto que su conocimiento no podría ser más que conocimiento jurídico. Ahora bien, si sólo pudiera conocer el Derecho, éste tendría que ser establecido por otra autoridad. Tal es la concepción de la teoría del Derecho natural, por virtud de la cual la misión del legislador no es otra que conocer y formular el Derecho creado por la naturaleza o por Dios en la naturaleza; o como se dice en el yusnaturalismo enmascarado de «sociología» de León Duguit: «comprobar» el Derecho engendrado por la *solidarité sociale* (6). Como teoría del Derecho positivo, la teoría jurídica pura tiene que rechazar tal concepción; y si la teoría egológica no lo hace se expone a la sospecha de incurrir en yusnaturalismo. El Derecho positivo no puede ser meramente «conocido» por el legislador, sino que éste lo crea, y sólo por él puede ser creado. Y tiene que serlo para que la ciencia jurídica pueda conocerlo y describirlo. Tal es el sentido de las tesis sustentadas frente al Derecho natural por las teorías del Derecho positivo cuando afirman que la ciencia jurídica no puede ser fuente del Derecho. Cuando en el sentido de la epistemología kantiana se dice del conocimiento jurídico, como de todo otro conocimiento, que constituye su objeto, y se habla de esta constitución como de una producción del objeto, esto no pasa de ser una expresión metafórica. Esta producción debe entenderse en sentido puramente epistemológico, como cuando se dice que la ciencia natural «produce» la naturaleza como objeto suyo, sin que su producción se equipare a la de la naturaleza por Dios, en la doctrina teológica, a la de la máquina por el hombre o a la del Derecho por la autoridad jurídica.

En la decisión judicial, la situación parece ser distinta; y una antigua escuela de la jurisprudencia positivista ha visto en la función del juez un mero conocimiento del Derecho producido por el legislador. Por eso se habla de una «averiguación del Derecho» por el juez, de un «conocimiento» judicial. Parece que esta es la razón por la que la teoría egológica se refiere con tanta preferencia a la decisión judicial. Pero la teoría pura del Derecho ha mostrado en la teoría gradual (*Stufenbautheorie*) desarrollada por Adolf Merke, que la esencia de la función judicial no es el conocimiento de un Derecho ya previamente fijado y acabado, sino la continuación del proceso de creación jurídica, y que el juez hace lo mismo que el legislador, o sea, normar, establecer normas, aunque de carácter individual a diferencia de las normas generales del legislador. Incluso cuando el juez establece de modo auténtico un su-

(6) Cfr. mi *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945, pág. 147.

puesto de hecho establecido en una norma jurídica general como condición de ciertas consecuencias jurídicas, la significación de ese establecimiento no es la de un acto de conocimiento, sino la de un precepto: el precepto obligatorio de considerar como dado un supuesto de hecho incluso cuando *en verdad* —en la única verdad que interesa al conocimiento— no es dado. El llamado conocimiento judicial nace con fuerza de Derecho en un estadio en el que ya no puede suprimirse. Pero ningún conocimiento auténtico, o sea ningún conocimiento científico puede nacer con autoridad de cosa juzgada, puesto que su verdad podría ser revisada en todo momento y en consecuencia ser rechazado como falso y, por ende, suprimido.

Naturalmente, que la esencia de la función legislativa y judicial no sea el conocer, sino el normar, no significa que el legislador y el juez no conozcan algo antes de cumplir su función específica de establecer normas. El legislador conoce, o debe conocer, la constitución y las relaciones que trata de regular; el legislador conoce o debe conocer la ley que aplica y las circunstancias del caso que debe resolver. Pero, de hecho, la función normativa puede ejercerse sin este conocimiento y no es raro que ocurra así. A lo sumo, la adquisición de estos conocimientos es un supuesto, no la esencia de la función legislativa y judicial.

La diferencia entre la función de la autoridad jurídica y la de la ciencia del Derecho se patentiza singularmente en la diferencia que existe entre la interpretación auténtica y la interpretación doctrinal.

Yo llamo «interpretación» a la interpretación de una constitución, de una ley, de un tratado internacional o de un contrato privado, de una decisión judicial, en una palabra, del contenido de cualquier norma concreta creada por una autoridad jurídica. Cuando yo digo que la ciencia jurídica utiliza la norma de Derecho como «esquema de interpretación», es claro que no me refiero a la interpretación del contenido de una norma jurídica concreta. Lo único que quiere decirse es que la ciencia jurídica sólo puede entender los actos de la conducta humana como actos jurídicos o antijurídicos en cuanto que los conoce como actos definidos por las normas jurídicas.

Con referencia a la interpretación del contenido de normas jurídicas concretas, la función de la autoridad jurídica y la de la ciencia del Derecho parecen tener a simple vista un carácter idéntico, como si en ambos casos se tratase de conocimiento. Pero una investigación más a fondo prueba que la verdad no es ésta. La interpretación de la ciencia jurídica no tiene efecto jurídico algu-

no: es puro conocimiento. Se puede decir de ella, con plenitud de sentido, que es exacta (verdadera) o falsa. En cambio, la interpretación de la autoridad jurídica es auténtica y, por tanto, obligatoria, pues tiene efecto jurídico. De ella no tendría sentido decir que es verdadera o falsa, pues aun cuando fuese falsa desde el punto de vista del conocimiento puro, sería, sin embargo, Derecho, o sea norma, y en cuanto tal no sería ni verdadera ni falsa, sino válida o no válida, y en este último caso no sería una norma, sino sólo la apariencia de una norma. Que la interpretación de la autoridad jurídica es auténtica, o sea obligatoria, significa que es obligatoria la norma creada por la autoridad cuando aplica una norma superior. Sólo una norma puede ser obligatoria. Parece que esta norma se justifica en la interpretación que en ella se patentiza. Pero en realidad no es así, sino al revés, la interpretación se justifica por la norma establecida por la autoridad. Pues para que la interpretación tenga lugar es menester que la norma exista como válida y sólo en tanto que subsiste su validez es posible la interpretación, completamente al margen de que sea exacta (verdadera) o falsa desde el punto de vista del conocimiento. Por esto carece de sentido aplicar a la interpretación de la autoridad jurídica la medida del conocimiento, o sea el criterio de verdad que son el criterio y la medida propios del conocimiento científico-jurídico. Un ejemplo puede aclarar lo dicho. Supongamos que una ley prescribe, sin excepción alguna, la pena de muerte para el caso de alta traición. Ahora bien, en un caso determinado, un tribunal aplica una pena de privación de libertad. Supongamos todavía que el tribunal fundamenta expresamente su decisión. Sabemos, sin embargo, que esta fundamentación no es esencial, que el establecimiento de una norma por aplicación de una norma superior puede darse sin esa fundamentación como, por ejemplo, el órgano legislador establece casi siempre sus normas generales sin fundamentar expresamente su constitucionalidad, y cuando esta fundamentación se da, es distinta de la auténtica función normativa e irrelevante para ésta. Supongamos aún que el tribunal, en su fundamentación, interpreta la ley que aplica en el sentido de que, si bien no establece ninguna excepción para la pena de muerte, no por eso deja de ser posible alguna excepción. Si un jurista científico sustentase semejante interpretación de la ley, otro jurista podría rechazarla como falsa. Pero la interpretación del tribunal, o mejor, la decisión del tribunal fundada con esta interpretación existe como Derecho y como tal conserva su fuerza, en tanto que no es derogada por una autoridad competente. No tiene sentido afirmar que una decisión judicial es falsa, si existe como Derecho.

Sólo puede decirse que, mientras no adquiere fuerza de Derecho, puede ser derogada. Pero lo mismo puede ocurrir con una decisión exacta, o sea verdadera desde el punto de vista del conocimiento puro. Supongamos que el fiscal apela de la sentencia del tribunal a la instancia superior y que ésta confirma la decisión del tribunal inferior, que de ese modo adquiere fuerza de Derecho. Esto significa que, en ese caso, es Derecho castigar la alta traición con prisión y no con pena de muerte, aun cuando ello sea falso desde el punto de vista puramente epistemológico de la interpretación de la ley, que no es aplicable a la interpretación por la autoridad jurídica. Decir de una decisión judicial existente jurídicamente o dotada de fuerza de Derecho que es falsa, es tan carente de sentido jurídico como decir de un condenado en firme por un delito que ha sido «condenado inocente». Resulta de aquí que lo que se llama «interpretación» por la autoridad jurídica es cosa distinta de la interpretación cognoscitiva del contenido de una norma jurídica por el jurista científico, o de la interpretación, parecida a ésta, por el teólogo, de un pasaje de la Biblia. Con la interpretación de la autoridad jurídica se crea algo: Derecho. Pero el jurista científico no crea Derecho con su interpretación, como el teólogo no crea con su interpretación un nuevo pasaje de la Biblia. O con otras palabras: la autoridad jurídica puede modificar el Derecho con su interpretación; pero con la interpretación científica, ni el jurista puede alterar el Derecho ni el teólogo la Biblia.

La teoría pura del Derecho no ha sido la primera en afirmar que, muy a menudo, los tribunales, con el pretexto de limitarse a interpretar el Derecho existente, es decir, de esclarecer su sentido por la vía del conocimiento, han creado en realidad Derecho nuevo. Lo que hace la teoría pura del Derecho es establecer que la llamada *interpretación, implicada en la aplicación de una norma superior por la autoridad jurídica, constituye producción de Derecho y por eso es esencialmente distinta de una pura función de conocimiento.*

Tal es la situación teórica sobre la que se basa la distinción entre norma de Derecho y proposición jurídica.

A diferencia de la teoría pura del Derecho, la teoría egológica afirma que entre la función de la autoridad jurídica y la de la ciencia del Derecho no existe diferencia alguna, puesto que ambas son conocimiento. «Tanto el órgano como el jurista, al pensar sobre el Derecho, que es conducta, lo hacen con normas: la conceptualización de ambos es igualmente normativa hasta la identidad; en este sentido no producen nada diferente» (página 50).

Por eso rechaza la teoría egológica la distinción entre norma de Derecho y proposición jurídica. Antes de entrar en el análisis de esta teoría debo decir que si el obrar del órgano y el del jurista científico no son cosa esencialmente diferentes, una de las dos es superflua, pues entonces lo que hace el órgano es ciencia, y la misma ciencia que la del jurista, y no se comprende la necesidad de una ciencia jurídica si ya existe la ciencia del órgano, y a la inversa. Y si se dice que el conocimiento del jurista no es posible sin la previa función del órgano jurídico, porque lo que el jurista conoce es lo que el órgano crea, entonces se está afirmando que las funciones del órgano y del jurista son dos cosas diferentes.

El profesor Cossio llama pensamiento «normativo» al conocer que, según la teoría egológica, es función tanto del órgano jurídico como del jurista. Pensamiento normativo no puede tener otra significación que pensar una norma. Como esta norma, en cuanto norma positiva de Derecho, no puede ser un invento del jurista que la piensa, tiene que ser producida por otro para que aquél pueda pensarla. Y ese otro no puede ser sino el órgano jurídico, el cual crea lo que luego el jurista piensa y describe en proposiciones que en modo alguno son normas, porque del jurista que no es órgano jurídico no pueden emanar normas obligatorias. Pero la teoría egológica parece suponer que existen dos normas diferentes, de las cuales una es emitida o pensada por el órgano, la otra por el jurista. Y lanza contra mí la afirmación de que el obrar del órgano y el obrar del jurista no son distintos uno de otro y que la diferencia que ciertamente existe no es entre norma de Derecho y proposición jurídica, sino entre dos normas: la del órgano y la del jurista. «La diferencia buscada no es, por tanto, entre norma y proposición jurídica, como supone Kelsen, sino entre la norma en sí misma, la norma directamente positiva, de un lado, y la norma positiva a secas, de otro» (pág. 50). Yo no creo que nadie pueda imaginarse en dónde radica la diferencia entre una «norma en sí misma, la norma inmediatamente positiva» y una «norma positiva a secas». Tampoco se sacará mucho de la explicación siguiente: «pues las normas que salen de la mente del órgano se presentan como vigentes o eficaces en sí mismas —y aunque en verdad no lo fueran, como ocurre si nacen muertas o caen en desuso, así igualmente se presentan — porque la mención intencional de la norma de un órgano a la conducta toma contacto de modo directo, en el mismo acto de la normación, con la positividad o existencia del Derecho en cuanto que es una conducta que se conoce a sí misma pensándose como conocimiento e intuyéndose como hecho. En cambio, las normas que salen de la

mente del jurista toman contacto con la positividad o existencia del Derecho, por la vía indirecta de una verificación intuitiva independiente del acto de la normación, esta vez efectuado por un jurista que intuye el hecho de los órganos o sus rastros y por encima de todo, que intuye el comportamiento de los hombres que viven el Derecho, al cual se refiere el jurista» (pág. 50). Es incomprendible que puedan ser normas «eficaces» normas que «han nacido muertas», o sea que no han sido eficaces, y que precisamente las normas que aparecen como «eficaces» hayan de ser consideradas «válidas en sí mismas». Más incomprendible aún es que «la mención intencional de la norma emitida por un órgano» se refiera «directamente y en el acto mismo de la normación a la positividad o existencia del Derecho, o sea, al parecer, que el órgano trata de crear Derecho eficaz porque se trata de «una conducta que se conoce a sí misma, que se piensa como conocimiento y se intuye como hecho». Una conducta no puede conocerse a sí misma, ni pensarse como conocimiento ni intuirse como hecho. Todas estas proposiciones son palabras sin sentido. ¿De que conducta se trata, por lo demás? Sin duda, de la conducta del órgano, de cuya mente emana la norma, la «norma del órgano». ¿Y cómo nace esta norma de su mente? No sin su conducta, sin ese *deus ex machina* que es el «acto de normación», el cual no es, de fijo, un acto de pensamiento o de conocimiento. Muy discutible es la afirmación de que las «normas emanadas de la mente del jurista» sólo toman indirectamente contacto con la positividad del Derecho, puesto que de la mente del jurista no puede emanar norma alguna, por lo menos normas como las que emanan de la mente del órgano; y si con ello quiere decirse únicamente que el jurista piensa normas, la afirmación de que éstas sólo toman contacto indirecto con la positividad del Derecho es falsa porque precisamente el jurista es el único que contempla como válido un ordenamiento eficaz en su conjunto. Pero no se trata de nada de esto. Lo que resulta de los razonamientos anteriores es que la teoría egológica admite que el órgano emite normas como las emite el jurista; y que la teoría egológica rechaza el dualismo de norma de Derecho y proposición jurídica sólo para sustituirlo por el dualismo de norma emanada del órgano y norma emanada del jurista; y eso es lo que hace la misma teoría egológica que antes había afirmado poder comprender el Derecho «sin referencia a una norma» y «sin conceder la menor influencia a lo normativo». Ahora se ve que, para comprender el Derecho, la teoría egológica recurre no a una norma, sino a dos. Pero la norma emanada de la mente del órgano no es sino la norma creada por la autoridad ju-

rídica, mientras que la norma emitida por la mente del jurista es la proposición jurídica que le corresponde formular.

En las frases anteriormente citadas se afirma que el acto en el que el órgano crea la norma, o la norma así creada, es conducta que se conoce a sí misma, que se piensa como conocimiento y se contempla como hecho. El objeto del conocimiento que se dice función del órgano jurídico, es la propia conducta del órgano y como según la teoría egológica esta conducta es conocimiento, se trata de un conocimiento que se conoce a sí mismo. Pero más adelante dice el profesor Cossio: «Es de toda evidencia que la norma como tal, en cuanto que es una mención significativa, describe algo, algo que es libertad, en forma de conocimiento, con lo cual resulta ser conocimiento» (pág. 54). El objeto del conocimiento que se dice ser función del órgano es cierta libertad: ¿será la libertad del mismo órgano jurídico? Por su contenido, la norma de que aquí se habla no se refiere al acto del órgano jurídico, sino a la conducta de otros. Por tanto, también a la libertad de los hombres cuya conducta regula. Pero si la norma «describe algo en forma de conocimiento, sólo puede ser la conducta que «prescribe» y no «describe». y no, por tanto, la libertad de los hombres cuya conducta prescribe. Que estos hombres sean libres es la hipótesis errada de los juristas que son filosóficamente indeterministas. También el órgano jurídico puede partir de la misma hipótesis; pero ésta es completamente irrelevante y muchos órganos están convencidos de que su función creadora de normas, y no cognoscitiva, no puede lograr el éxito apetecido más que si los hombres cuya conducta regulan no son libres, o sea, causalmente indeterminados, o sea, por el contrario, cuando creen que su conducta está sometida a la ley causal y por eso tratan de provocar causalmente la conducta deseada mediante el acto de creación de la norma. Es una vacua tautología afirmar que de ese modo la norma se convierte en conocimiento, que describe en forma de conocimiento una supuesta libertad, o sea, que se convierte en conocimiento porque conoce algo. El profesor Cossio continúa: «[La norma es] conocimiento de la norma más elevada de la que toma su validez y conocimiento, a la par, de los hechos que señala como antecedentes y de las consecuencias que señala o prescribe». La «libertad» que la norma describe en forma de conocimiento es, por tanto, una norma. Resulta completamente incomprensible cómo la libertad, es decir, la indeterminación causal de la conducta humana, puede ser una norma reguladora de esa conducta, aun dando por bueno que la normación jurídica presuponga la libertad del hombre cuya conducta regula. En el pasaje anteriormente ci-

tado, afirma el profesor Cossio que la norma del órgano se conoce a sí misma; pero ahora, la norma conoce otra norma, la «norma más elevada de la que toma su validez». Que la norma establecida por un parlamento legislativo por virtud de la cual la alta traición se castiga con la pena de muerte, describa en forma de conocimiento la norma constitucional que otorga al parlamento su competencia legislativa, es algo que no puede afirmar ni aun la fantasía más exaltada por la fenomenología existencial. Pero según la teoría egológica, la norma no es sólo la descripción en forma de conocimiento de una norma superior, sino también del hecho condicionante y condicionado de su contenido. Es evidente de suyo que una norma tiene que tomar referencia a ciertos hechos, o sea, a determinados contenidos. Pero lo que importa es el sentido de esta referencia. Y este sentido no puede ser el de la descripción en forma de conocimiento, sino el de la prescripción normativa. El mismo profesor Cossio tiene que decir aquí que la norma «prescribe» las consecuencias jurídicas. La determinación de los hechos que constituyen el contenido de la norma, no acontece con el fin de describirlos en forma de conocimiento, sino para prescribir una determinada conducta. Si una ley prohíbe el robo de energía eléctrica porque establece una pena para ese hecho, y con tal motivo da una definición de la electricidad, es claro que esta definición tiene un sentido completamente distinto del de un tratado de Física, incluso en el caso de que el legislador reproduzca la definición del Tratado. A diferencia de ésta, la definición del legislador es obligatoria; tiene el sentido de que los órganos de aplicación de la ley están sujetos a entender por «electricidad» lo que el legislador ha definido como tal. Esa definición es, pues, también una prescripción y no una descripción. Por lo que se refiere al establecimiento del supuesto de hecho en la decisión judicial, me remito a lo dicho anteriormente.

Tal es la situación de la teoría egológica en cuanto a la función cognoscitiva del órgano jurídico.

V

Finalmente, la teoría egológica rechaza la distinción entre estática y dinámica, que para la teoría pura del Derecho no es esencial en modo alguno, aun cuando la considera útil para la exposición de sus propios fines. El profesor Cossio objeta contra ella que suprime la unidad del objeto cognoscitivo, puesto que el objeto de la consideración estática serían las normas y, en cambio,

el objeto de la consideración dinámica serían actos jurídicos, esto es, conducta humana, con lo cual yo caería en oposición con mi propia actitud contra la «teoría de las dos caras» del Estado, fundada por mí en la afirmación de que rompe la unidad del objeto de conocimiento. La consideración dinámica se refiere sólo a la conducta de los órganos jurídicos, mientras que el Derecho regula no sólo ésta, sino también la conducta de los hombres que no son órganos jurídicos, especialmente la conducta no prohibida y, por ende, permitida. De ese modo, la consideración dinámica del Derecho incurre en conflicto con el axioma según el cual lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido.

Frente a esto he de notar que tanto el objeto de la consideración estática como el de la consideración dinámica son normas de Derecho que regulan conducta humana. Yo no he dicho nunca que el objeto de una consideración sean normas de Derecho y el de la otra no sean normas sino conducta humana, porque en ambos casos sólo viene en cuestión la conducta humana *en cuanto es una conducta regulada por normas de Derecho*. Puesto que el Derecho regula su propia producción por medio de normas establecidas por los órganos jurídicos, se pueden contemplar las normas reguladoras de esta producción o, lo que es lo mismo, esta producción de Derecho regulada por el Derecho —es decir, un específico contenido jurídico— en cuanto proceso, y esto y no otra cosa es la consideración «dinámica» del Derecho. El que en ese caso se presente en primer plano un determinado contenido de las normas, a saber, los actos por ellas regulados de producción del Derecho, no significa en modo alguno que se pierdan de vista las normas jurídicas, o sea, el hecho de que los actos productores de Derecho están regulados por normas jurídicas, y no se opone de ninguna manera al principio fundamental de la teoría pura del Derecho según el cual los actos de conducta humana sólo pueden ser considerados como actos jurídicos y singularmente como actos productores de Derecho en cuanto que están definidos como tales por el Derecho. Por eso es inexacto la descripción que hace el profesor Cossio de la diferencia entre consideración estática y dinámica, afirmando que «en el primer caso se muestran las normas del Derecho, y en el segundo los actos jurídicos de su creación y aplicación» (pág. 61). Pues, según *mi* propia concepción, en uno y otro caso se muestran normas jurídicas; sino que en la consideración dinámica, el acento recae sobre un contenido específico de las normas: en la producción de Derecho regulada por dichas normas (y en la aplicación de Derecho, que también es creación

jurídica); mientras que en la consideración estática el acento no recae sobre este contenido, no se trata de mostrar cómo es producido el Derecho —con arreglo a los preceptos del Derecho—, sino cómo regula el Derecho la conducta de los hombres que no son órganos jurídicos, aquella conducta humana que no consiste en la posición de actos productores de Derecho. Y debe observarse a ese propósito que el Derecho regula esa conducta cabalmente porque regula la conducta de los órganos de producción (y aplicación) de Derecho, los actos de producción (y aplicación) de Derecho. El Derecho prohíbe a los hombres que no son órganos jurídicos asesinar, desde el momento que prescribe a los órganos jurídicos castigar el asesinato. De ese modo estatuye el deber jurídico de no asesinar. El Derecho manda a los hombres que no son órganos jurídicos pagar sus deudas desde el momento que prescribe a un órgano jurídico ordenar la ejecución civil contra un deudor moroso. Y el Derecho «permite» a los hombres que no son órganos jurídicos realizar una determinada conducta desde el momento que *no prescribe* a dichos órganos ejecutar un acto coactivo en el caso de la conducta contraria, o sea, llevar a cabo un acto productor de Derecho que implique una sanción contra aquella conducta. Como ya antes dijimos, que una conducta está jurídicamente permitida significa tan sólo que no se halla jurídicamente prohibida. Por eso no es posible describir la conducta jurídicamente permitida de un hombre que no es órgano jurídico sin referirse *ipso facto* a la conducta regulada por el Derecho de los órganos jurídicos. Por tanto, son las mismas normas de Derecho las que constituyen el objeto tanto de la consideración estática como de la dinámica; y por eso no puede decirse, ni remotamente, que con esta distinción se rompe la unidad del objeto del conocimiento.

La situación no se parece en nada a la que provoca la teoría de las dos caras del Estado. Pues con arreglo a ella, el Estado sería, por una parte, un ordenamiento jurídico o una persona jurídica, mientras que por el otro lado sería un objeto que no tendría nada que ver con el Derecho y existiría con independencia de éste. Mi objeción contra esta teoría se basa en que es imposible que uno y el mismo Estado sea a la vez Derecho y no Derecho; de suerte, que en esa teoría no se trata —como ella afirma— de dos caras de un mismo objeto, sino de dos objetos diferentes. Pero creo haber mostrado que este no es el caso con mi distinción entre consideración estática y consideración dinámica del Derecho. Y el profesor Cossio sólo puede mantener la apariencia de lo contrario, formulándola falsamente, en contradicción con mis propios

puntos de vista, dando a entender que, en mi opinión, el objeto de una consideración serían las normas jurídicas y el de la otra la conducta humana.

Y con esto queda contestada por mi parte, de una vez para siempre, la pregunta del profesor Cossio sobre la relación entre la teoría pura del Derecho y la teoría egológica.

HANS KELSEN

(Traducción de LUIS LEGAZ LACAMBRA.)

