

LA VALORACION JURIDICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO

CAPITULO I

LINEAMIENTOS DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

El objeto de este estudio es la teoría científica de la interpretación judicial de la ley.

En concreto nuestra cuestión se presenta de esta manera: Si, frente a un caso dado, el Juez recurre a diversos métodos interpretativos para aclarar el sentido de la ley que va a aplicar, y si, en semejante hipótesis, todos los métodos arrojan el mismo resultado, es decir, si todos coinciden sobre la significación contenida en la ley, entonces no hay problema aparente y el intérprete puede proseguir su tarea judicial sin ninguna dificultad. Pero si en aquella hipótesis sucede lo contrario, es decir, si cada método adjudica a la misma ley una significación diferente, entonces cabe preguntar: ¿En base de qué criterio se ha de optar por un método u otro? ¿Hay, acaso, algún criterio que resuelva este conflicto de métodos en base de un fundamento científico que sólo atienda a la verdad del derecho positivo en cuestión, con prescindencia de los intereses personales comprometidos? El pensamiento pragmático de un abogado ha de optar ocasionalmente por uno u otros

métodos, según cual le dé un argumento más para su causa. Pero el pensamiento científico del jurista reclama una actitud neutral respecto de todo resultado pre-establecido y aspira únicamente a la verdad jurídica.

Este problema tan sencillo y patente arrastra, sin embargo, difíciles cuestiones. En la historia de la ciencia jurídica han nacido varios métodos de interpretación, cada uno con la pretensión de ser el único verdadero, porque siendo ellos estructuras lógicas de conocimiento jurídico, esa pretensión, que es el sentido de toda lógica ⁽¹⁾, les es inmanente y connatural. Pero una vez que se procede a la reconstrucción filosófica del conocimiento se puede, sin duda, ponerlos en tela de juicio y valuarlos por su logicidad. Y así se podrá decir con el escepticismo de Kelsen ⁽²⁾, descalificando ese hecho de los juristas de buscar un método científico de interpretación, que ningún método es ciencia jurídica; o decir, con el racionalismo de Radbruch ⁽³⁾, desconociendo parte de ese hecho, que sólo ciertos métodos son ciencia jurídica; o decir finalmente, reconociendo en actitud crítica aquel hecho de la historia de nuestra ciencia, que todos los métodos son ciencia del Derecho.

La circunstancia de que, a veces, todos los métodos coinciden en el resultado, es suficiente para apartarnos del pronunciamiento de Radbruch. Pero si se ha de vencer la dificultad

⁽¹⁾ HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, I, 123 y 127; IV, 131 a 136. Madrid, 1929, Rev. de Occidente.

A. PFÄNDER, *Lógica*, 87. Madrid, 1928, Rev. de Occidente.

JOAQUÍN XIRAU PALAU, *El Sentido de la Verdad*, 161. Barcelona, 1927 ed. Cervantes.

F. ROMERO y E. PUCCIARELLI, *Lógica*, 57. Buenos Aires, 1938, Espasa-Calpe.

⁽²⁾ KELSEN, *La Teoría pura del Derecho*, N° 37. Buenos Aires, 1941, Losada (edición completa próxima a aparecer). N° 38 de la edición de la Rev. de Derecho privado, Madrid, 1933.

KELSEN, *Legal Technique in International Law*, 12 a 14. Geneva, 1939, ed. Geneva Research Centre.

⁽³⁾ RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 251. Madrid, 1930, Rev. de Derecho privado.

RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 148. Madrid, 1933, Rev. de Derecho privado.

escéptica de Kelsen, queda como única posibilidad de solución del conflicto de los métodos, fijar una esfera de legitimidad para cada uno como quien distribuye un mismo territorio en varias jurisdicciones, de tal manera que todos los resultados concuerden o se complementen cuando los métodos operen en su esfera de legitimidad, explicándose así la coincidencia de resultados y explicándose también su divergencia cuando un método se extralimita e invade el territorio del vecino.

Pero esta actitud crítica en la reconstrucción filosófica del conocimiento no es la actitud que espontáneamente se toma. Entre los extremos del escepticismo y del dogmatismo, lo frecuente es que el sentido común, cuando es honesto, juegue como un eclético; y cuando no lo es, lo haga como un pragmático; pero de una u otra manera el resultado es una anarquía de métodos. La filosofía crítica es difícil y su claridad no encandila como la llamarada de la filosofía dogmática. En esto pesan también las modas intelectuales con una gravitación muy difícil de esquivar, cegándonos para inconsecuencias hartopatentes. Por ejemplo, bajo la ilusión del progreso continuo y rectilíneo de la ciencia, en materia de métodos interpretativos cundió la distinción entre métodos antiguos y modernos y se hizo una obligación intelectual abjurar del Método exegético y batir las palmas a la última novedad. En la República Argentina ha sido a Gény a quien le ha tocado en suerte cumplir tan ruidosa cuanto desairada misión. Casi no hay un jurista argentino que no haya proclamado su ferviente adhesión a Gény contra poniéndolo a la Exégesis como al término toseco del cual habría que guardar la máxima distancia. Pero en los hechos esta adhesión es puramente verbal, pues cuando esos juristas entran en materia, es decir cuando comienzan a tratar el derecho positivo argentino, no asoma operativamente ni un rastro de Gény y, por lo general, hacen simplemente exégesis, habiendo quienes la hacen admirablemente bien. Esta contradicción en la postura científica en el caso de maestro eminente como Raymundo M. Salvat, sólo señala el nivel medio de nuestras aguas.

Pero si el problema que hemos esbozado se resuelve dando a cada método interpretativo su esfera de legitimidad, no se puede volver la espalda a la Exégesis en forma absoluta; antes por el contrario la Exégesis conserva su valor en la esfera que le es propia; y por eso mucho valen, en cierto sentido, en nuestro ambiente científico, aquellas obras que reniegan de la exégesis pero que, a su pesar, sólo son cumplimientos exe-géticos.

Es claro que el conflicto de métodos interpretativos y todo lo demás que a este propósito acabamos de decir, sólo es el rizo de espuma que orla la cresta de la ola; pero la corriente que lo origina viene desde más lejos. Nuestra cuestión subsiste también en el caso de concordancia entre los métodos, pues la cuestión no se origina en que la sintamos como una contradicción; basta que la percibamos como un problema. Esto quiere decir que hay que tomar plena conciencia de ella; sólo que en filosofía la conciencia de un problema no concluye con el conocimiento de sus términos objetivos, sino que requiere la conciencia de la posición desde la cual se lo analiza: La conciencia de algo está en función de la auto-conciencia de alguien; y es por aquí que se ha de superar la dificultad emergente de la pretensión de verdad exclusiva que tiene toda simple conciencia de algo; en nuestro caso la pretensión que tiene cada método interpretativo de ser el único verdadero.

Esto nos llevará a distinguir entre concepciones interpretativas y métodos interpretativos. Las primeras nos dicen qué es la interpretación, mientras que los segundos nos dicen cómo se efectúa la interpretación en cada caso. Naturalmente que todo método interpretativo, incluye una concepción de la interpretación, pero no toda concepción interpretativa incluye su correspondiente método. En efecto, siendo el método una estructura intelectual de conocimiento (en nuestro caso de conocimiento jurídico), se comprende que sólo una concepción intelectualista remata en un método y por eso los métodos en sí llevan implícitas únicamente concepciones intelectualistas. Y en cuanto cada método pretende ser el único verdadero,

cada método incluye una concepción diversa y excluyente de toda otra concepción, como es el caso de las múltiples concepciones intelectualistas entre sí.

Pero en esto está también dicho que si se ha de buscar una armonía de los métodos, reconociéndole a cada uno una esfera de legitimidad, ello no puede ser con una concepción intelectualista sino con una concepción que, como tal, sea a-metódica. En tal caso, si los métodos no han de quedar en el aire, faltos de fundamento; es decir, si, rehuendo el escepticismo, ha de buscárseles un punto de apoyo para salvar su valor objetivo, no queda más remedio que volverse hacia los objetos con los que tratan los métodos para salvar la dificultad y distribuir su esfera de influencia de acuerdo a la correspondencia que exista entre el método y el objeto.

En esta adecuación objetal de los métodos interpretativos, que hasta ahora jamás se había estudiado, radica el principio general de solución de nuestro problema.



Pero si bien con esto se consigue la armonía objetiva de los métodos, todavía no se ve la juridicidad de ellos. La relación vecinal de unos métodos con otros, nada dice sobre la relación de cada uno de ellos con la concepción interpretativa que a todos los acoge. Hay que poner todos los métodos dentro de la interpretación de la ley.

Puesto que, para nosotros, el valor de los métodos es aquel valor objetal, y si ahora hemos de mantener este mismo principio, quiere decir que entre todos los objetos que constituyen el Derecho positivo ha de encontrarse uno privilegiado que, a modo de un común denominador, lleve los restantes a la interpretación y jerarquice las interpretaciones de cada uno de ellos. Cuando se hablaba de deslindar una esfera de legitimidad para cada método, era obvio que semejante deslinde presuponia un principio director; pero si este principio tiene también fundamento objetal, ahora se advierte que el principio

no opera como una delimitación geográfica (que es geométrica o formal), sino como un deslinde de jurisdicciones equivalentes entre las provincias de un país federal, donde todas son autónomas dentro de la jurisdicción federal y donde la propia jurisdicción federal es, además, un objeto común a aquellas respecto del territorio nacional en su conjunto. Siguiendo con la comparación, la armonía de los métodos interpretativos no se estructura como una alianza entre Estados sino como un país federal, pues el método objetivamente adecuado a aquel objeto privilegiado que soporta a todos los otros objetos resulta, así, con una prelación sobre los otros métodos para estructurar el conjunto, pero no para reemplazar a ninguno de éstos en lo que a cada uno le corresponda. Veremos que esta especie de fuero federal le corresponde por su objeto al Método dogmático, sin perjuicio de que, además, algunas provincias se tengan que organizar también dogmáticamente y otras no, en razón del mismo principio objetual.

Ese objeto privilegiado para la interpretación judicial de la ley y al que solo se puede tratar con el Método dogmático, lo hallamos nosotros en la valoración jurídica. La valoración jurídica como supraordinación de síntesis metódica es, pues, el principio especial de solución de nuestro problema.

Pero acá encontramos manca a la teoría científica de la interpretación judicial de la ley, tal como si, en nuestra metáfora, se estudiara el derecho político de un Estado federal estudiando únicamente sus constituciones provinciales.

Antes de abordar la solución de nuestro problema hemos de estudiar, entonces, no sólo la valoración jurídica y su juego en la interpretación, sino también la cuestión previa de si ella integra y cómo integra la ciencia del Derecho positivo; pues nos interesa la interpretación científica y no otra cosa. Nada mejor para esto que seguir analíticamente a la ciencia del Derecho en su formación histórica, pues una ciencia, en

cuanto creación libre de la cultura, no es lo que un investigador quiere que sea, sino lo que realmente es como hecho acaecido en esa cultura. A través de su constitución histórica, habrá que aclarar en consecuencia la constitución efectiva de la ciencia del Derecho en nuestros días.

Este tema de la formación de la ciencia del Derecho se expone ordinariamente sobre un único eje, cual si consistiera en destacar el concepto del Derecho por oposición a la idea del Derecho (la Justicia). Esta forma clásica de ver las cosas, que tiene en castellano dos exposiciones realmente magistrales en los libros de Luis Recaséns Siches y José Medina Echavarría (4), nos parece, con todo, insuficiente para interpretar en su unidad el curso de las ideas jurídicas que se abren paso desde Kant y Savigny hasta nuestros días, pues con aquel enfoque o esquema metódico no solamente no se ve todo el problema como un solo problema, sino que, además, se llega forzosamente a diseñar falsas oposiciones en razón de la estrechez del propio esquema explicativo adoptado. Tal así, por ejemplo, la oposición entre logicismo y eticismo, con que se presenta a la ciencia jurídica actual, nos parece a nosotros que resulta artificialmente de haber tendido, como rieles de la explicación, los problemas del concepto y de la idea del Derecho; de modo que, no estando evidentemente en el segundo las concepciones positivas de un Sander o un Heller, había que alojarlas en el primero si el esquema era exacto; y allí aparecen, entonces, en total oposición, y aún como negación, de lo que un Kelsen enseña.

Pero a nuestro juicio no basta que Sander y Heller polemiquen con Kelsen, para concluir que ambos bandos se disputan, en forma excluyente, la posesión de un mismo terreno. La polémica es un accidente histórico; lo que interesa es ver qué queda para el acervo humano de la obra constructiva de unos

(4) LUIS RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico*, cap. I; Barcelona, 1929, Labor.

JOSÉ MEDINA ECHAVARRÍA, *La situación presente de la Filosofía jurídica*, Madrid, 1935, Rev. de Derecho privado.

y otros, y si acaso esos saldos positivos se concilian estratificados como problemas de diversa naturaleza, en una misma unidad teórica. A nuestra manera de ver logicismo y eticismo, así como empirismo y racionalismo, son los ángulos de enfoque de un problema pero no el propio problema que, como objeto cultural, se crea libremente por el pensamiento de los juristas en la época señalada. Este objeto es la ciencia del Derecho positivo con su sentido ontológico de dar cuenta de la realidad jurídica. Y es en función de esta unidad objetual que se ha de considerar el curso del pensamiento jurídico, sin dejar fuera de perspectiva la aportación de los científicos y sin poner en una falsa perspectiva las aportaciones de los filósofos. Para ello consideramos que hay que hacer girar el problema sobre tres ejes: la Dogmática jurídica, la Lógica jurídica y la Estimativa jurídica: la Dogmática jurídica erróneamente comparada con la Dogmática teológica, que no es fenoménica; la Lógica jurídica falsamente identificada con la Lógica del ser, que no es de la libertad; y la Estimativa jurídica equivocadamente confundida con la Estimativa moral, que no sienta jurisprudencia.

A esta altura nos parece necesario recalcar que estas tres coordenadas inciden sobre el fenómeno positivo del Derecho en su teorización. No se trata del ideal jurídico ni de la sociología jurídica, sino de la ciencia del Derecho; son tres territorios independientes e inequívocos que se fundamentan del siguiente modo: Mientras la sociología jurídica considera el deber ser de la conducta en tanto es un ser y mientras la axiología ideal considera el deber ser de la conducta en tanto es un deber ser, la ciencia del Derecho considera el ser de la conducta en tanto es un deber ser. Y sólo con aquella triple perspectiva que comprende la Dogmática jurídica, la Lógica práctica y la Estimativa positiva podremos realizar este programa de posesionarnos del tercer territorio. La tarea de un jurista en nuestra época consiste, precisamente, en trabajar con estos tres elementos dándole a cada uno la participación que le corres-

ponde por su naturaleza; y la concepción actual de la ciencia del Derecho depende, no tanto de la beligerancia que a cada uno ya se le ha reconocido en los ámbitos estudiosos por la fuerza de las circunstancias, sino de la posición respectiva que cada uno ocupa y del papel que cada uno juega en el objeto unitario que ellos tres reconstituyen al sintetizarse.

Nada más expresivo para apreciar este desubicamiento de la investigación, que las obras de los propios juristas y filósofos cuando trabajan sobre una sola de aquellas coordenadas para todo el horizonte del fenómeno jurídico. El caso es harto frecuente porque la Dogmática, la Lógica y la Estimativa jurídicas se han formado en distintas épocas y obedeciendo a movimientos intelectuales independientes, de modo que en la época actual, en que recién llegan a conjunción aquellos tres factores, la mentalidad jurídica corriente está retrasada porque está formada por uno solo de ellos; de ordinario por la Dogmática, que es el más antiguo en el orden de aparición y también el más peligroso en su extralimitación por su espíritu a-crítico. La literatura jurídica contemporánea da la impresión de un desconcierto: nadie afina su instrumento como el vecino. Los juristas se quejan amargamente de que, en su ciencia, reinan hoy en día la confusión y desorientación intelectuales; pero al parecer olvidan de que solo un mínimo de rigurosa Filosofía del Derecho puede poner orden en las ideas; no es otra la misión de la Filosofía. Entre tanto, mientras los juristas no tomen la trenza de su ciencia por sus tres hilos, los veremos empeñarse en el vacío con conceptos superados, cada vez que ataquen los problemas de una coordenada con el arsenal que les ha servido para los de otra. Es cosa bien sabida en Filosofía que cuando se comete un error metodológico, se entra en un callejón sin salida. La lógica no suple los datos de la experiencia; y quien eso pretenda llega necesariamente a una *impasse*. Pero tampoco la experiencia suple la estructuración lógica; y quien eso pretenda llega también a una *impasse*. De la misma manera la valoración no suple la

realidad de la cosa valorada; pero tampoco la cosa valorada suple la vida de la valoración.

Útil es invocar algunos ejemplos. Ninguna confusión más lamentable que la de eficacia y validez; eficacia que es un concepto de la Lógica del ser y que incluye la relación causal, y validez que es un concepto de la Lógica del deber ser y que incluye la relación imputativa. Una ley respecto de la constitución o una sentencia respecto de la ley, están en relación de validez, no de eficacia. Sin embargo Donato Donati distingue, en la ley, su eficacia material y formal para aludir con la última a su validez ⁽⁵⁾; así las cosas estaríamos frente a una mera cuestión de palabras que se puede criticar como lenguaje inadecuado y nada más. Pero la cuestión de palabras se hace cuestión de conceptos cuando, merced a la locución "eficacia formal", se deslizan nociones propias de la eficacia en sentido causal. Y así, por la insospechada ambigüedad de un concepto, el investigador se encuentra de pronto en un callejón sin salida.

Pero más útil es tomar ejemplos de nuestro propio medio científico, con la esperanza de que estas líneas colaboren en su desarrollo. Un distinguido jurista argentino, el doctor Arturo Acuña Anzorena, nos dice en uno de sus enjundiosos estudios: "El acto jurídico constituye un verdadero organismo. Esta equiparación no es una simple figura retórica sino un aserto abonado por la propia constitución del acto jurídico" ⁽⁶⁾. Es claro que a pesar de tan rotunda afirmación, sólo se trata de una figura de retórica; los organismos son de orden biológico y nada más; la noción de organismo pertenece a ese sector de la Lógica del ser. Lo que se ha querido decir es que el acto jurídico es una estructura. Y sin duda es verdad que todo organismo es una estructura, pero toda estructura no es un

⁽⁵⁾ DONATO DONATI, *Principii generali di Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione*, 4. Padova, 1932.

⁽⁶⁾ ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta*. Revista "Le Ley", t. 20, 11 de Septiembre de 1940, Buenos Aires, 1940.

organismo (7); tal, por ejemplo, no es un organismo la estructura normativa, que era la que correspondía haber utilizado en este caso y acaso haber descubierto una estructura normativa típica. Lo otro es una metáfora o un uso extralimitado de un concepto biológico, vicio en el que el positivismo social y jurídico ha incurrido con frecuencia, como es sabido. Es cierto que la investigación del doctor Acuña Anzorena sólo sufre en forma verbal, y no conceptual, con este traspaso de una categoría biológica (8) al dominio jurídico; y no podía ser de otra manera tratándose de un jurista tan seriamente formado en las disciplinas positivas del Derecho y siendo tan patentes los errores que se hubieran derivado de un uso propiamente conceptual del término. Con esto queremos decir que se ha recurrido al concepto de organismo sólo para aludir al sentido estructural, pero no para fundamentar conclusiones en premisas organicistas ni tampoco para representar conclusiones con semejante comprensión. Pero es oportuno recordar este peligro y señalar una fuente de errores pre-exis-

(7) FRANCISCO ROMERO, *Programa de una Filosofía*, 3 a 5. Tirada aparte de la revista "Sur", N° 73, Buenos Aires, 1940: "El concepto de estructura es afín — sin que con ella coincida — a la concepción organicista, de venerable antigüedad en la interpretación filosófica de la realidad". "Entre un todo concebido como mero agregado de partes y sólo constituido por lo realmente existente en las partes, y un todo estructural, hay esta diferencia: en el primero la totalización se limita (o se juzga que se limita) a juntar en un haz los componentes; en el segundo, el compuesto importa peculiaridad y novedad respecto a las partes, a cada una y a todas tomadas individualmente".

GIORGIO DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del Diritto*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", t. I, p. 196, n 1; Genova, 1921, Tipografia sociale: "De esto. . . . resulta la diferencia entre el organismo en sentido estricto y aquella especie de realidad que sólo en sentido traslativo o analógico puede llamarse organización social y jurídica". (Aunque cabe formular a Del Vecchio la salvedad de que, si bien "organización" tiene la misma raíz que "organismo", su actual sentido conceptual conviene al Derecho; y no así el de organismo en sentido propio).

Para el tema general de la estructura es fundamental la investigación que HUSSERL dedica a la "Teoría de los todos y las partes", en *Investigaciones lógicas*, t. III, ed. cit.

(8) Sobre el concepto de organismo como categoría biológica, ver EMILE BOUTROUX, *De la contingence des Lois de la Nature*, cap. VI. Paris, 1929, Alcan.

tente a los errores mismos, pues tal es el efecto del transporte conceptual riguroso de una categoría gnoseológica inadecuada a un objeto (⁸ bis). No es otro el caso famoso de Vogt, que hoy apreciamos en toda la magnitud de su extravío, cuando decía "expresándolo algo burdamente, que las ideas se hallan en la misma relación con el cerebro, que la bilis con el hígado o la orina con los riñones" (⁹). Y tampoco es diferente el moderno intento de Kolnai de llevar a la sociología el criterio psicoanalítico (que tiene sus presupuestos en la conciencia individual) cuando afirma que la política naval de Inglaterra se explica, no por razones económicas como podría pensarse, sino por el hecho de que los barcos son los símbolos del sexo femenino y de que construyendo una flota, los ingleses podían satisfacer su libido mediante un procedimiento oculto; o cuando dice que la agricultura es una sublimación de primer orden del deseo incestuoso que experimenta el niño respecto de su madre; o cuando sostiene que el anarquismo es la fiel proyección social del útero ligada a la negación del manifiesto deseo del útero (¹⁰).

Mucho más sutil por sus fundamentos e interesante por sus consecuencias prácticas, es la observación que nos sugiere un trabajo del profesor Eduardo J. Couture (¹¹). Este emi-

(⁸ bis) JOAQUÍN XIRAU, *La Filosofía de Husserl*, 112; Buenos Aires, 1941, Losada: "Aplicar las nociones de un dominio al otro nos llevaría a las más graves confusiones".

MANUEL GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de Filosofía*, 399, Tucumán, 1939, Violetto: "Cada región ontológica tiene sus características propias; y si la inteligencia humana, deseosa de conocer los objetos de esa región, no tiene en cuenta la estructura óptica peculiar de esa región y aplica a ella métodos que no le son propios o peculiares, porque son métodos sacados de otras regiones, en donde hay estructuras distintas, entonces, de aquí, de esta aplicación de métodos inadecuados a las estructuras peculiares de una región, nacerán forzosamente equívocos, errores o malas interpretaciones, que conducirán a las ciencias a faltas garrafales".

(⁹) KARL VORLÄNDER, *Historia de la Filosofía*, II, 330. Madrid-Barcelona, 1922, Beltrán.

(¹⁰) Citado por ANDRÉ DE MADAY, en su *Introduction à la Sociologie*, 42. Paris, 1937, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.

(¹¹) EDUARDO J. COUTURE, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, publicado primero en "Jurisprudencia

mentísimo procesalista, teorizando la apreciación de la prueba testimonial, sostiene que cuando nuestro código exige que se la aprecie de acuerdo a las reglas de la sana crítica, estamos frente a un dato jurídico que no queda conceptualizado por la teoría procesal predominante. En efecto, la teoría predominante se desenvuelve sobre dos concepciones probatorias: la de la prueba legal y la de la libre convicción. Según la prime-

Argentina" el 27 de Agosto de 1940, Buenos Aires; y luego, con algunas modificaciones, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 38; Montevideo, Octubre de 1940, Impresora uruguaya. Las citas se hacen sobre la segunda publicación que representa el pensamiento actual del autor.

Prevenimos al lector sobre una diferencia de matiz que encontrará latente en nuestra exposición de este ejemplo, a diferencia de como es expuesto por los procesalistas. Estos, de acuerdo a la creencia ingenua de que las leyes son órdenes del Legislador, hablan de dos sistemas probatorios como de dos posiciones facultativas entre las que se ha optado acaso inconscientemente. Nosotros hablamos de dos o más concepciones probatorias porque, a nuestro juicio, en aquellas síntesis de los científicos sólo se trata de alcanzar una representación conceptual verdadera de cierta zona de la experiencia jurídica. En tanto sistemas probatorios se dan por sentados estos supuestos: 1º) que son dos actitudes igualmente legítimas en su posibilidad; y 2º) que una de ellas es real como consecuencia de una opción, de modo que el dato jurídico primario es el sistema adoptado, del cual las normas positivas son concreciones particulares. En cambio, en tanto concepciones probatorias, el dato jurídico primario viene con las normas positivas y los llamados sistemas probatorios son su conceptualización unitaria, de modo que si hay varios sistemas no están en relación de igualdad entre sí como posibilidades legítimas, sino en la relación de ser uno solo verdadero (y no real) y los otros falsos, porque sólo aquél representa exactamente el dato real.

La razón de ser de este matiz se discute en toda la presente obra y no hemos de abordarla ahora por anticipado, porque las observaciones que formularemos a Couture, en nuestro ejemplo, las hacemos independientemente. Pero sí destacaremos desde ya la trascendencia científica de aquello, para la teoría procesal, en su tránsito del realismo ingenuo a la ciencia:

Cuando en una figura procesal, como ocurre con la prueba testimonial, están presentes elementos de los dos "sistemas" (por ejemplo, sexo, edad y número de los testigos en un caso; contenido del interrogatorio y de las preguntas en el otro), la posición tradicional tiene que admitir ambos sistemas como si el Legislador hubiera optado fragmentariamente aquí por uno y allá por otro. Pero esto hace ver cuán poco científica es la actitud de un jurista en tal caso, pues la ciencia, que es conocimiento sistemático, es por eso mismo conocimiento unitario; por lo cual no pueden coexistir en ella, como igualmente legítimos, dos puntos de vista que se contradicen. Esto hace ver que los sistemas probatorios no están adoptados por el derecho procesal como tales siste-

ra, cuyo fundamento gnoseológico es la autoridad ⁽¹²⁾, el valor jurídico de la deposición testimonial está totalmente dado por la ley; por ejemplo, si ésta dice que hace fe el dicho concordante de tres testigos intachables, una vez producida se-

mas, porque un punto de vista excluye a otro; lo adoptado no es un punto de vista; apenas un fragmento se comprende desde cada punto de vista. De modo que a lo que es un primer paso descriptivo en la investigación, para catalogar los diversos fragmentos en sus diversas calidades, se lo transforma en sentido teórico porque se generaliza lo que conviene a un fragmento. Y con esta transformación un sistema probatorio ya no es meramente un sistema adoptado después de una opción, sino que además pretende ser un punto de vista para comprender una realidad jurídico-procesal.

Pero en este último sentido, que es el de la ciencia, los sistemas se excluyen como concepciones verdaderas y falsas. Si ahora se observa que no se conoce ningún régimen procesal que sea exclusivamente prueba legal o exclusivamente libre convicción, se aceptará que ambos sistemas, como concepciones del derecho positivo, son concepciones falsas porque no lo conciben debidamente; y se comprenderá que no sólo contiene en esto un error científico decir, por ejemplo, que el derecho procesal argentino ha adoptado el sistema de la libre convicción, sino que además esta frase carece de valor científico por su sentido, pues la ciencia no está en el plano de las adopciones sino en el de la representación conceptual o teórica.

Al científico, para buscar una concepción verdadera del régimen probatorio, le basta aquella observación de que ningún régimen procesal es exclusivamente prueba legal o exclusivamente libre convicción. En este sentido el error teórico de la generalización indebida, es suficiente para considerar caducas aquellas nociones. Pero el fundamento de una nueva concepción, cualquiera sea, únicamente se alcanza advirtiendo que no sólo ningún régimen probatorio es exclusivamente de una u otra de aquellas maneras, sino que, además, tampoco lo podría ser en ningún caso con esas exclusividades porque siempre ha de tener ambos ingredientes en la relación de la estructura a lo estructurado, como se verá en general para la ciencia del Derecho en esta obra, especialmente en los capítulos III y VIII.

No se nos oculta que nuestro pensamiento, como se aprecia por lo que hemos anticipado en esta nota, transporta al propio pensamiento del profesor Couture sobre un nuevo plano de proyección científica; pero esto en nada afecta el análisis del ejemplo del texto que no gira sobre el error de sentido científico señalado, sino sobre el error científico contenido en las tesis tradicionales en cuanto Couture, a su pesar, recae parcialmente en una de ellas.

(12) Para la gravitación del autoritarismo legal, el voluntarismo intuicionista y el objetivismo científico en la constitución del Derecho privado, ver CARLOS COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. III. Buenos Aires, 1939, Losada.

Para el autoritarismo como fundamento del conocimiento, ver WM. PEPPERELL MONTAGUE, *The Ways of Knowing*, cap. I. London, 1928, George Allen & Unwin.

mejante declaración, el Juez está obligado por ella como si fuera la propia ley, sin poderla controvertir de ninguna manera. Según la segunda, cuyo fundamento gnoseológico es la voluntad judicial, la deposición testimonial no tiene otro valor jurídico que el que el Juez quiera darle, tal como la Escuela del Derecho libre propugnó respecto de la propia ley; por ejemplo, producido el dicho concordante de tres testigos intachables, el Juez puede prescindir libremente de semejante deposición aunque los motivos que tenga para ello sean puramente subjetivos.

Frente a esto, dice Couture con acierto pleno, constituye una tercera posición la valoración del dicho de los testigos por las reglas de la sana crítica, porque no obstante la deposición concordante de los tres testigos intachables, podrá prescindirse de ella cuando haya fundamento objetivo para invalidarla. Estos fundamentos objetivos de invalidez no son las condiciones formales dadas por la propia ley (por ejemplo las tachas legales) porque refiriéndonos a ellas no estamos en la sana crítica, sino en la estructura imputativa en que consiste la ley. La sana crítica atiende sólo a aquellas causas de invalidez que derivan del propio objeto sobre que versa la declaración, de modo que esta razón de invalidez no sólo es objetiva como la estructura imputativa, sino que además es objetual. Si la sana crítica, en consecuencia, se limita a motivos de invalidez derivados del propio objeto en cuanto éste es algo conocido por el testigo, la sana crítica recae sobre la posibilidad del objeto (por ejemplo la contradicción entre lo dicho y lo establecido por otro conducto, tal la afirmación de ausencia de una persona y la presencia de sus impresiones digitales) y sobre la realidad del objeto que es objeto de conocimiento, en cuyo caso por eso son decisivas las condiciones personales del testigo (competencia, situación de hecho en que se encontraba, etc.), que toman su sentido de la propia naturaleza del objeto sobre el que se declara (objeto ideales, naturales y espirituales; y dentro de ellos otras distinciones ontológicas); de modo que la naturaleza de este objeto es ins-

tancia inexcusable del análisis científico. (13). O dicho con otras palabras, ceñida estrictamente a su propio dominio, la sana crítica se refiere a motivos relacionados con la naturaleza del objeto en su posibilidad y en su existencia, en tanto el objeto es un objeto de conocimiento para el testigo. De esta manera, para fundar la invalidez de la deposición testimonial, junto a los motivos legales que gravitan racionalmente a-priori sobre la resolución judicial (las tachas, por ejemplo), hay motivos empíricos, suministrados por el propio objeto, que gravitan a-posteriori de la deposición en razón del propio contenido de la deposición. Pues ya se advierte que los motivos legales, que son meras condiciones imputativas de validez, sólo delimitan un recinto de múltiples declaraciones posibles de las cuales sólo una — la que formula el testigo — es real dentro de ese recinto. Con esto anoto al pasar, como Couture con su tesis, sin un deliberado contacto con el kelsenismo, ha venido a hacer kelsenismo. Pero anoto también que, de hecho, propugna una superación del kelsenismo en pro de una ciencia empírica del Derecho, en forma absolutamente concordante con las ideas que nosotros hemos desarrollado en *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos* (14) porque es

(13) Sin desconocer la importancia ocasional que ha tenido en la gestión del pensamiento de Couture, la frase atinente a la sana crítica, es claro que esta frase no debe ser superestimada pues la tercera posición que reclama Couture está ínsita en la obligación de los jueces de fundar sus sentencias (art. 217 del Cód. de Procedimiento de Buenos Aires) y en la obligación de los testigos de dar razón de su dicho (art. 193 del mismo Código). Pero esto acrecienta el valor general de la posición de Couture y comprueba que él ha visto el problema procesal de la prueba mejor que la doctrina dominante, porque aquello quiere decir que la doctrina dominante, con su esquema teórico y sus dos soluciones teóricas, es insuficiente para concebir en verdad los datos positivos de la esfera jurídico-procesal.

(14) CARLOS COSSIO, *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, en el diario-revista "Jurisprudencia Argentina" del 3 de Junio de 1940 y editado con ampliaciones después en Santa Fe, 1940, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral. Ver también CARLOS COSSIO, *La Placitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. III, ed. cit.; y CARLOS COSSIO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*, cap. III, en el diario-revista "La Ley", tomo 20, del 20 y 21 de Diciembre de 1940, Buenos Aires.

ta invalidez a-posteriori de la deposición testimonial no es para la sana crítica un acto político del Juez; por el contrario la sana crítica reclama para ella un fundamento suministrado por el propio objeto sobre que versa la declaración.

Según todo lo dicho, para la sana crítica el valor jurídico de la deposición testimonial depende también de la concordancia entre el objeto que es motivo de la declaración y la representación intelectual del mismo en que consiste la declaración; es decir que el valor jurídico de la deposición testimonial depende en este caso de su verdad, no en cuanto pueda estar comprometida por falta de veracidad ⁽¹⁵⁾, sino por error. Con esto el fundamento gnoseológico de la sana crítica resulta ser la científicidad de la declaración testimonial, en el sentido de que la representación intelectual que suministra el testigo pueda ser reconstruída y confirmada por las diversas ciencias bajo cuyo dominio caen los diversos objetos comprendidos en la deposición. No importa que por la naturaleza propia de cada ciencia aquella confirmación llegue apenas al nivel de la verosimilitud, pues la verosimilitud participa del sentido de la verdad y lo que a la sana crítica interesa es, precisamente, la verdad del conocimiento para someterse a la realidad afirmada por el mismo.

Con la verdad como fundamento de la sana crítica queda patente la diferencia entre ésta y las concepciones de la prueba legal y de la libre convicción. Como el Derecho no consiste en enunciar verdades, pues el Derecho simplemente imputa un hecho como consecuencia a otro hecho como antecedente, pueden tres ebrios consuetudinarios deponer sobre algo con verdad, y no obstante su verdad aquel tipo de ebriedad da un fundamento apriorístico para invalidar la declaración; es claro que la conexión imputativa de la prueba legal puede ser inversa y hacer fe el dicho concordante de tres testigos in-

⁽¹⁵⁾ Sobre el deber de veracidad referido a los litigantes, ver el nutrido estudio de KAETHE GROSSMANN, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, en revista "Jurisprudencia Argentina", t. 71, sección doctrina, p. 9.

tachables aunque su declaración contenga error, porque el hecho antecedente de ésta o aquella imputación es el dicho de tales testigos y no la verdad de lo que digan. A la inversa, respecto del sistema de la libre convicción, pueden los tres testigos deponer con verdad, no obstante lo cual el Juez no está obligado por esta verdad; ya sea que esta libre apreciación esté considerada respecto al caso jurídico en su plenitud, de tal manera que el Juez prescinde de la verdad testimoniada por tres testigos intachables en mérito, por ejemplo, de la equidad, con lo cual el sistema de la libre convicción muestra su conexión con la teoría general del Derecho apareciendo como la proyección particular al caso de la Escuela del Derecho libre; ya sea que aquella libre apreciación quede restringida estrictamente al planteamiento procesal de donde proviene y entonces, para disfrazar su fundamento voluntarista, se sostenga una concepción subjetivista de la verdad, en el sentido de que la verdad sólo es la coherencia de un conjunto de conceptos, de tal manera que la verdad o el error no vienen en la representación que suministra el testigo sino que se constituyen con la apreciación judicial; pero con esto se entra en conflicto con los presupuestos de la verdad científica, que es una verdad objetiva, es decir la concordancia entre un objeto y su representación intelectual, de modo que el Juez sólo puede verificar la verdad o el error del dicho del testigo, pero no crear la una o el otro.

Por esta causa, dentro de la sana crítica, el Juez está obligado por la verdad de la declaración testimonial en la medida en que esta verdad cae dentro del recinto de posibilidades condicionado a priori por la ley procesal, de tal manera que el Juez puede independizarse de la declaración testimonial sólo fundado en el error contenido en ella (por lo que no es libre convicción) y a pesar de que la declaración se ajuste a todas las condiciones legales (por lo que no es prueba legal). La doctrina dominante incluye la sana crítica en el sistema de la libre convicción, no obstante que aquella se apoye en la verdad, sin duda porque la ciencia es una libre creación de

la cultura; pero en esto hay una confusión, pues la ciencia es un libre producto de la cultura en el sentido de que tiene una génesis autónoma y espontánea, independiente respecto de toda autoridad; pero la ciencia no es libre en el sentido de la libre voluntad, pues la ciencia está atada a su objeto, dependiendo de éste el contenido de las enunciaciones científicas.

Sin embargo, la verdad en cuanto fundamento propio de la sana crítica no está sacada a plena luz por el renombrado procesalista uruguayo, en los términos que acá se ha hecho. Antes por el contrario, las ideas generales que maneja Couture para elaborar el tema, lo llevan a un resultado que en buena parte anula la trascendencia teórica de su propia posición. No nos referimos, naturalmente, a la circunstancia de que Couture se circunscribe a la prueba testimonial, siendo que la concepción científica ha de extenderse a toda la teoría de la prueba (16), porque la limitación ocasional que se imponga un autor en sus investigaciones no viene al caso. Acá nos referimos a la circunstancia de que Couture quiere concebir la sana crítica con una noción inadecuada de lo que es la ciencia en general. En efecto, Couture contrapone ciencia y experiencia; la primera como una operación mental rigurosa que no está caracterizada, pero con fuerza ideal como la Lógica, a tal punto que a veces es de ésta de lo que se habla; y la segunda caracterizada como "el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comunmente" (17). Así la distinción de Couture resucita la tradicional distinción entre conocimiento científico y vulgar, venida tan a menos en la Lógica contemporánea. De esta manera cuando Couture concluye diciendo "frente a la duda que consiste en saber si las reglas de la sa-

(16) Así por ejemplo, en materia de peritaciones las consecuencias prácticas del objetivismo científico son concluyentes y revolucionarias, según la naturaleza ontológica de los objetos sobre que verse la peritación. Ver más adelante, cap. VII, este tema en general y en Cossio, *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, cap. IV, ed. cit.

(17) E. J. COUTURE, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, p. 272, col. 2; ed. cit.

na crítica son ciencia o experiencia, debemos concluir que son ambas cosas a la vez" (18), nosotros creemos que cae parcialmente en el sistema de la libre convicción, pues si las máximas de experiencia no son verificables por la ciencia, ellas son ya a su modo libre convicción. Recordemos la definición de ciencia que da Jaspers, acaso la más profunda y completa de las que han surgido frente al panorama de la ciencia contemporánea: "Consiste la ciencia en conocimiento metódico, cuyo contenido es de certeza constrictiva y de validez universal" (19); en consecuencia, si las máximas de experiencia no son ciencia, carecen de aquella constrictión intelectual que distingue al conocimiento científico de cualquier otro conocimiento y que, a nuestro juicio, constituye el fundamento de la sana crítica. Un ejemplo: Dice Couture: "Aunque el legislador no le diga al magistrado que el demente no puede ser testigo, éste puede llegar a la misma conclusión, ya que una máxima de experiencia enseña que los dementes dicen frecuentemente despropósitos, y que no existe ninguna garantía de que un testigo que ha perdido su sano juicio sea apto para decir la verdad" (20). Pero cabe observar que otro tanto, y con más autoridad, enseña la Psicología, siendo claro que, en caso de oposición entre la Psicología y un conocimiento vulgar al respecto, la sana crítica consiste en tomar partido por la primera. Otro ejemplo: ¿Con qué fundamento, si no la ciencia, se puede rechazar el testimonio concerniente a aparecidos, ángeles o demonios, siendo que una tal declaración puede sustentarse no sólo en un conocimiento vulgar, sino también en concepciones religiosas muy elaboradas?

Es que la distinción entre ciencia y experiencia coloca a Couture en un callejón sin salida. Sin duda la oposición es fal-

(18) E. J. COUTURE. *Las reglas de la sana crítica...*, p. 273, col. 1; ed. cit.

(19) KARL JASPERS, *Esencia y Valor de la Ciencia*, en revista "Universidad", N° 5, p. 161; Santa Fe, 1939, Imprenta de la Universidad.

(20) E. J. COUTURE, *Las reglas de la sana crítica...*, p. 273, col. 1.

sa. La lógica y la experiencia conviven en la Ciencia (²⁰ bis), una como fundamento de posibilidad y otra como fundamento de realidad; y para comprender esa convivencia nada mejor que tomar nota del pluralismo lógico sustentado por la Lógica contemporánea como una de sus aportaciones capitales; pluralismo lógico en cuya virtud cada ciencia particular se estructura con su lógica específica adecuada a la naturaleza de su objeto. La distinción en que se cobija Couture le sirve, es cierto, para escapar al racionalismo del derecho judicial, en su pretensión de extraer de la ley la totalidad de lo que contiene la sentencia; racionalismo judicial que Couture comprende en su insuficiencia con finísima sensibilidad de jurista; por eso no acepta que la sentencia sea una pura cadena de silogismos. Pero para escapar a esto no había que reincidir en el voluntarismo de la libre apreciación. Quedaba otro camino: volverse hacia los objetos que son motivo de la declaración testimonial y tomar de ellos el criterio de apreciación. Y esta motivación objetual, que es propiamente la sana crítica, no tiene otro sentido que la oposición entre la verdad y el error en tanto el dicho del testigo es la representación intelectual de aquello a que se refiere su declaración.

También es muy ilustrativo el juicio que emite Rafael Bielsa sobre el art. 15 del Código civil, que dice: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes". Y el eminente autor comenta: "La simple lectura del art. 15 del Código civil advierte que esta disposición, tanto por la amplitud del precepto que contiene, como por consagrar una regla fundamental, debería ser disposición constitucional, y, como tal, formar parte del régimen del Poder judicial; pues se trata de una atribución de ese poder, y al decir atribución asignamos un con-

(²⁰ bis) CHARLES S. PEIRCE, *Chance, Love and Logic*, 9, New York, 1923, Harcourt, Brace & Company: "Cada obra de ciencia suficientemente importante como para ser recordada después de algunas generaciones, suministra algún ejemplo del estado defectuoso del arte de razonar en el tiempo en que fué escrita; y cada paso decisivo en ciencias ha sido una lección en lógica".

cepto connotativo, es decir, que la juzgamos como un derecho y como un *deber*" (21).

Indudablemente el art. 15 del Código civil se refiere a algo más que a una atribución del Poder judicial. Una atribución es un dato contingente de un órgano del Derecho; dato constituido merced a la ley, y que así como aparece en ese órgano, pudo aparecer en otro o no estar en ninguno. Sin embargo la obligación de juzgar que tienen los jueces se fundamenta de modo apodíctico: es una verdad de razón y no una verdad de hecho. Es que aquella obligación no es una atribución del Poder judicial sino un principio lógico-jurídico constitutivo de todo ordenamiento jurídico positivo, de modo que es clarísimo el vicio conceptual del gran profesor rosarino cuando toma como dato positivo lo que no es un dato positivo sino una condición de la posibilidad de los datos positivos. Por haber tratado especialmente este asunto en otro lugar, nos excusamos acá de abundar en más consideraciones, siendo suficiente recordar que un desarrollo riguroso del punto de vista aceptado por el profesor Bielsa compromete la plenitud herméutica del orden jurídico en la forma tradicional, es decir con la artificiosa distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la legislación referidas a la misma cosa. (22).

Otro tipo de error metodológico, por su naturaleza de deslumbrante interés para el jurista, nos ofrece Luis Jiménez de Asúa en su trabajo *La Prostitución y el Delito* (23), cuando sostiene que no puede haber una casa de prostitución con una sola mujer, argumentando que este concepto es tan imposible

(21) RAFAEL BIELSA, *La Cuestión de la responsabilidad del Estado*, p. 6 Rosario, 1940, Imprenta de la Universidad del Litoral.

(22) CARLOS COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, ed. cit., especialmente el prefacio y el capítulo II y bibliografía allí citada.

Ver también LUIS LEGAZ y LACAMBRA, *La Plenitud del Orden jurídico*, comentando nuestro punto de vista, en "Revista crítica de derecho inmobiliario", p. 112 a 129, Madrid, marzo de 1940.

(23) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Prostitución y el Delito*, cap. I, en el diario-revista "La Ley", t. 20, 1º y 2 de Octubre de 1940, Buenos Aires.

como el de cantar un dúo de uno e invocando la experiencia de otros países verificada en una enquisa de la Sociedad de las Naciones el año 1934. Pero el gran penalista olvida, respecto de lo primero, que el concepto de dúo de uno se resuelve en un juicio analítico contradictorio, en tanto que el concepto de casa de prostitución con una sola mujer se resuelve en un juicio sintético a-posteriori, de modo que no es el razonamiento sino la experiencia lo que decide sobre su verdad; y respecto de lo segundo olvida que no se trata de la experiencia natural, idéntica en todas partes porque la Naturaleza está creada y en cuanto tal es la misma en todas partes, sino de una experiencia cultural que consiste en la existencia de sentidos o significaciones que crea el espíritu humano, de modo que si en la República Argentina se ha tenido la vivencia de casas de prostitución con una sola mujer, no se puede interpretar prescindiendo de esta vivencia, una ley argentina que se refiera a las casas de prostitución, porque lo contrario significa dar a meros conceptos el valor de existencia que corresponde a la realidad únicamente. (21).

Pero dejémosnos de ejemplos. Lo cierto es que hoy en día entran en conjunción las tres corrientes intelectuales que han contribuido a formar el caudal de eso que llamamos la Ciencia del Derecho positivo. Ya no parece posible hacer ciencia del Derecho trabajando con uno solo de esos elementos. En tanto se trabaja en cada uno de ellos con adecuación metódica, estimamos el resultado inobjetable pero incompleto; pero no bien se traslada uno cualquiera de aquellos criterios, a las

(21) También en este ejemplo puedo excusar mi brevedad, porque el asunto ha sido motivo de controversia, extensa y gratisima, en "La Ley" del 1º y 2 de Octubre de 1940 (LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Prostitución y el Delito*), del 20 y 21 de Diciembre de 1940 (CARLOS COSSTO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*), y del 24 de Diciembre de 1940 (LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Norma individualizada, Jurisprudencia e Interpretación del concepto de Prostíbulo*).

otras dos zonas contiguas para la que es gnoseológicamente inadecuado, resultan errores muy conocidos que nadie quisiera reeditar. Dejando de lado aquellos errores metodológicos mayores que consisten en referir al Derecho categorías gnoseológicas que le son absolutamente ajenas y limitándonos al uso indebido de las tres categorías que, de algún modo, convienen a la experiencia jurídica (por ser triple el origen de su integración objetal), resultan seis errores metodológicos fundamentales posibles (y frecuentes) en la ciencia del Derecho, de acuerdo al siguiente cuadro:

ERRORES METODOLÓGICOS

| Tratando como : | Casos |
|-------------------------|-----------------------------|
| lógica jurídica | { el contenido dogmático: 1 |
| | { la valoración jurídica: 2 |
| experiencia contingente | { la estructura jurídica: 3 |
| | { la valoración jurídica: 4 |
| experiencia necesaria | { la estructura jurídica: 5 |
| | { el contenido dogmático: 6 |

Sólo la estructura intelectual del Derecho puede tratarse como lógica; sólo el contenido dogmático puede tratarse como experiencia contingente; y sólo la valoración jurídica puede tratarse como experiencia necesaria. Cualquier cambio en estas ecuaciones produce alguno de los seis errores señalados, que no son errores simplemente metódicos, sino errores metodológicos. Un error metódico es un error de hecho (en la descripción, en la observación, en el análisis, etc.); en cambio un error metodológico es un error de lógica que recae sobre el punto de vista desde el que se aborda una cuestión.

Así tenemos un ejemplo del caso N° 1 en ese absurdo formalismo de los juristas, que tanto los aparta de la vida, y que consiste en tomar los conceptos legales en toda su extensión lógica porque la ley los enuncia necesariamente de esta manera, sacarles todas sus consecuencias posibles y creer que estas posibilidades son la realidad jurídica que debe ser; con lo cual confunden posibilidad y realidad. Un ejemplo del caso N° 2 lo tenemos en aquellas construcciones jusnaturalistas, hoy bien conocidas en sus deformidades, que operaban de una manera semejante partiendo de un ideal jurídico; con lo cual se cree que este valor ideal es el mismo valor que se realiza en los hechos. Un ejemplo del caso N° 3 lo brinda la tesis de lagunas en el Derecho. con la profusa literatura que se ha propuesto para colmarlas, porque aquí, al revés, se cree que los datos de una determinada realidad jurídica son todas las posibilidades de su estructura. Un ejemplo del caso N° 4 se ofrece en el sociologismo jurídico, irremediablemente ciego para el problema normativo de nuestra ciencia, porque considera que la existencia de un dato basta para justificarlo en su valor; con lo cual no se advierte que el propio Juez que se allana a una nueva situación de raigambre social, lo hace en acto libre, y por lo tanto valorativo, que pudo haber sido diferente y que fija el valor jurídico de semejante situación. Un ejemplo del caso N° 5 se tiene a la vista cuando se elabora la noción necesaria del derecho subjetivo con el contenido ético de los llamados derechos del Hombre, o cuando, con una etización más embozada, se la concibe como una facultad inherente, por naturaleza, a la dignidad de un ser; con lo cual la posibilidad de opción puesta como el antecedente normativo de una consecuencia también normativa, viene a quedar entendida como un antecedente real de la imputación misma, es decir, como una realidad que no se constituye en objeto de conocimiento merced a la imputación. Por último, un ejemplo del caso N° 6 se tiene en la teoría del origen divino de la institución monárquica; con lo cual se toma el valor que se realiza en los hechos, por un valor ideal.

Lo repetimos: yo no parece posible hacer ciencia del Derecho trabajando con uno solo de los elementos que la integran; en eso está la superación científica de la ciencia contemporánea respecto de la de nuestros predecesores; y si alguien se empeña en una labor del viejo estilo, cuando acierta porque no extralimita los criterios de su pensamiento, sólo da la impresión de quien acumula materiales para que otro levante el edificio. La cuestión está en saber conjugar las tres coordenadas de nuestra cientificidad de acuerdo a un criterio unitario que fije a cada elemento su papel propio. El análisis filosófico tiene en esto una indisputable tarea y sobre sus resultados se han de pronunciar los científicos en cuanto se logre un esquema metódico apto para que la ciencia jurídica se desarrolle sin tropiezos intelectuales; esto es, para que ella sea propiamente lo que aspira: teoría.

La fundamentación filosófica ha de ser, sin duda, lógico-gnoseológica; en este terreno el análisis ha de elevarse hasta evidencia demostrativa para lograr su cometido; aquí está la Filosofía en su propio papel y allí la tienen los juristas al alcance de la mano cuando preguntan para qué sirve la Filosofía. Pero, puesto que es el mismo espíritu humano el que piensa en el presente y el que vive en la historia, también se puede apreciar esa utilidad colocando a la ciencia en el curso de la historia y haciendo ver en qué medida las ideas filosóficas dominantes en una época, determinan la formación de una ciencia por los fundamentos que ponen en circulación. La ciencia, en cuanto creación libre de la cultura, es inseparable de una apreciación filosófica. La ciencia no está separada de la vida de la propia ciencia; antes por el contrario, sólo es una realización de aquella vida, de modo que, en lo producido, se puede encontrar, como en un relieve, las leyes de la actividad productora que el espíritu tiene en hueco; leyes que el propio científico necesita conocer en cada momento para controlarse como tal. Por eso conviene al científico tomar contacto con esta perspectiva en los momentos de crisis de una ciencia, como ocurre en la actualidad con la cien-

cia del Derecho, pues si busca una síntesis que lo eleve por encima de las dificultades metodológicas, sólo el criterio filosófico puede abrirle el camino con mano segura.

Por aquí, pues, ha de comenzar nuestra investigación: por la constitución de la Ciencia del Derecho, tomando su constitución histórica como el hilo conductor que nos lleve a su constitución ideal según ésta se perfila en la atmósfera filosófica de nuestra época. Pero circunscriptos a la teoría de la interpretación judicial de la ley, que sólo es un capítulo dramático de la ciencia del Derecho, hemos de reducir nuestro campo: Bordaremos los problemas lógicos — que en lo que concierne a la interpretación judicial hemos estudiado en otro lugar ⁽²⁵⁾ — y nos detendremos en la valoración jurídica, que es el eje de nuestro asunto porque en la interpretación de la ley la ciencia del Derecho es vida jurídica efectiva y palpitante, llena del dramatismo connatural a toda vida cuando ésta “encuentra la solución original del problema que le plantean las condiciones exteriores” ⁽²⁶⁾. Con profunda razón es que Ascoli hace notar que aun los juristas más ciegos para la perspectiva filosófica, han reconocido que la ciencia del Derecho positivo desemboca en la Filosofía en tres momentos: con las lagunas del orden jurídico, con la interpretación de la ley y con los principios generales del Derecho ⁽²⁷⁾.

Sólo después de elucidados estos fundamentos estaremos en condiciones de inventariar el valioso material histórico que han acumulado los juristas en torno a la interpretación. Inventariarlo, clasificarlo y trabajar sobre él en busca de una respuesta satisfactoria para aquel problema que enunciarnos al comenzar y que solo es una violenta afloración de superficie de todas estas cosas, que se interpone cotidianamente en

⁽²⁵⁾ CARLOS COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. II; ed. cit.

⁽²⁶⁾ BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 118, Paris, 1932, Alean.

⁽²⁷⁾ MAX ASCOLI, *La Interpretazione delle Leggi*, p. 10; Roma, 1928, Athenaeum.

el curso apacible de la vida del Derecho para llamar la atención, aún a los más torpes, sobre las raíces de donde el propio Derecho proviene: la vida humana.

Si nuestra solución es buena, numerosos motivos de perplejidad que suscitan las concepciones interpretativas más difundidas, han de quedar también solucionados. Por ejemplo, si comprobamos la tesis de que los diversos métodos interpretativos pueden jugar en armonía, ha de quedar explicado por qué, en el curso histórico, el método exegético ha tenido por sí solo la parte principal de la discordia y por qué sobrevive la Exégesis a pesar de los ataques triunfales del frente dogmático, como si el encumbramiento teórico de la Dogmática contuviera un hueco, neutro a todas las argumentaciones esgrimidas, donde la Exégesis ha podido cobijarse con tranquilidad y acompañar a aquélla en su carrera. Hemos de ver más adelante cómo la interpretación exegética tiene un contenido idéntico con el contenido inicial de la interpretación dogmática, porque la ciencia del Derecho es una ciencia de experiencia y se refiere a hechos egológicos, de modo que, en este sentido, la Exégesis en cuanto autoconciencia, es decir en cuanto hecho que se califica a sí mismo (el Legislador que hace algo y dice qué es lo que hace), es el modo *inicial* más natural y autorizado para penetrar en la significación de esos hechos, cosa justamente a la que aspira la Dogmática con otros procedimientos que operan sobre el hecho del Derecho y no sobre su autoconciencia; siendo obvio que, en su momento inicial, aquella significación no tiene por qué discrepar con su autoconciencia. Hemos de ver también lo que gnoseológicamente significaría una Exégesis extralimitada y, con ello, la causa para polarizar la disputa científica.

Pero, por encima de todos estos detalles, si se consigue fundamentar un principio de armonía entre los métodos interpretativos, que fije a cada uno su competencia jerarquizada, tiene que concluir la distinción entre métodos antiguos y modernos, fruto del espíritu de moda; y el estudio del derecho judicial no ha de embarcarse en ella clasificando la labor

de los tribunales según el método seguido, sino según la legitimidad científica de la interpretación cumplida. En nuestra tesis es obvio que, frente a un caso que admitiera todos los métodos con igual resultado, hasta al Juez seguir uno cualquiera de ellos, sin necesidad de multiplicar su tarea utilizándolos sucesivamente a todos, porque el valor científico de todos ellos, en dicho caso, es el mismo.

Establecida hoy en día la identidad substancial entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario, la hegemonía de hecho que en este último detenta el método dogmático parecería darnos una sugestión sobre la subordinación de los métodos. Pero esta observación, aunque fuera corroborada a posteriori por nuestra investigación, no nos coloca en el terreno que queremos colocarnos porque, como fundamento, sería un fundamento empirista. Ella, en efecto, no es de por sí una razón suficiente para fijar una esfera de legitimidad a los diversos métodos; y nosotros queremos que la armonía de los métodos resulte de que cada uno se mueva en su propia esfera. Iremos, pues, a través de las etapas señaladas, hasta el problema de los fundamentos de cada método, cuyo análisis ha de hacerse con todo rigor y sin ninguna clase de escamoteos. Este fundamento, según ya lo hemos anunciado, está en la naturaleza de los propios objetos con que toma contacto la elaboración metódica. Sólo que, al llegar a este punto, nuestra investigación tendrá que exceder su limitación originaria porque los objetos sobre los que se monta la experiencia jurídica, no son esta experiencia misma; son apenas los fragmentos de un todo que hay que reconstituir, no por adición, sino por síntesis. Pero al reconstituir la experiencia jurídica estaremos en algo que es común a toda la Ciencia del Derecho, tanto a la que estudia la interpretación de la ley como a la que estudia otras cosas. Por acá, pues, habremos de ver no sólo la interpretación judicial proyectada en el vasto panorama científico del que había sido abstraída, sino también las líneas generales del panorama mismo en su totalidad; lo que significa un vistazo sobre su territorio y, al propio tiempo, un contacto con su razón de

ser. Por eso, a propósito de la interpretación judicial de la ley, terminaremos hablando de la Ciencia del Derecho en general como una prueba de que, luego de investigada la parte, la hemos restituido a su todo.

CAPITULO II

CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Comparando el pensamiento jurídico anterior al siglo XIX con el que, iniciándose en ese siglo, llega hasta nuestros días, la más fuerte diferencia que salta a la vista entre uno y otro panorama es la aparición de una ciencia del Derecho. La dimensión teórica, que inequívocamente da gravedad al pensamiento del hombre contemporáneo, también consigue enseñorearse de los espíritus en este ámbito de experiencia, movable y escurridizo, de las relaciones humanas.

En efecto, antes del siglo XIX, el pensamiento jurídico incide en forma especulativa sobre el ideal jurídico (Derecho natural), si bien bajo el grave error de creer que era una verdad metafísica lo que sólo era un criterio de valor sobre el derecho justo; recién al final de esta época, con Kant, se advierte que la especulación trabajaba con principios reguladores ⁽²⁸⁾, y no con una realidad realísima, ya fundada en la

⁽²⁸⁾ KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, p. 28; Madrid, 1873, Suárez: "La noción de la libertad... es una noción por consiguiente que no es el objeto de un conocimiento teórico posible para nosotros, y que por lo tanto no tiene valor como principio constitutivo, sino solamente como principio regulador...".

Según DEL VECCHIO sostiene en su famosa monografía *Sobre la teoría del Contrato social*, cap. II, (Madrid, 1914, Reus), también Rousseau tuvo conciencia de que la especulación trabajaba con meros principios reguladores. Pero esta tesis ha sido controvertida muy seriamente por GIOELF SOLARI, en *Individualismo e Diritto privato*, 111 (Torino, 1939, Giappichelli). Según este autor, el hombre en estado de naturaleza de Rousseau, no es idea reguladora ni hipótesis histórica, sino mera verdad o realidad psicológica; el gran filósofo italiano sintetiza muy bien la diferencia entre Kant y los otros jusnaturalistas, incluso Rou-

naturaleza divina ⁽²⁹⁾, ya fundada en la naturaleza humana ⁽³⁰⁾. Y por debajo de este pensamiento especulativo el pensamiento jurídico-positivo aflora, pródigo y circunstancial, sólo como pensamiento pragmático ⁽³¹⁾, es decir como glosa y comentario en la argumentación de pleitos y querellas, dentro de los lindes tribunales, sometido a las necesidades prácticas de cada caso en tanto factor de eficiencia para obtener la sentencia favorable de una causa o para entroncar la sentencia en alguna norma general del ordenamiento jurídico. En esa épo-

sseau, con las siguientes palabras (p. 210); "Identificando el derecho natural con el derecho racional Kant venía a distinguirse netamente de los jusnaturalistas, los cuales, si eran racionalistas en el método, no podían decirse tales en el principio del que derivaban el derecho. Este se llamaba derecho natural porque estaba derivado de la naturaleza humana empíricamente considerada; aun cuando para la construcción del mundo jurídico no se partiera de lo sensible, sino de la razón, ésta estaba entendida en un sentido psicológico, no lógico. Según Kant el orden jurídico no procede del hombre como ser viviente, pues es una construcción *a-priori* de la razón pura". Por lo demás es claro que Kant no confundía el derecho racional y el derecho histórico, "la justicia absoluta de razón y la justicia relativa"; sobre esto ver SOLARI, ob. cit., p. 233.

⁽²⁹⁾ SANTO TOMÁS, *La ley*, p. 28 y 31 (Barcelona, 1936, Labor): "Si se admite que el mundo es regido por la divina Providencia, es evidente que la comunidad toda entera del universo es gobernada por la razón divina; por consiguiente, esa razón del gobierno y ordenación de todas las cosas existente en Dios como en supremo monarca de todo el universo, tiene carácter de ley". "La ley natural no es más que una participación de la ley eterna en la criatura racional".

⁽³⁰⁾ HUGO GROCIO, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, (Madrid, 1925, Reus); pág. 12: "Y ciertamente estas cosas, que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas..."; pág. 13: "Y esto es ya otra fuente del derecho, a más de la natural...".

Si bien es verdad que esta frase de Grocio no está rectamente entendida sin situarla dentro de su procedencia intelectual, como hace ver JUAN LLAMBIAS DE AZEVEDO (*La Filosofía del Derecho de Hugo Grocio*, p. 26; Montevideo, 1935, Peña y Cia.), no es menos cierto que en nada se mengua la significación de Grocio en el sentido de que todo su derecho natural gira en torno a la naturaleza humana, dejando entre paréntesis el fundamento divino como último fundamento, a diferencia de las concepciones escolásticas que en todo momento tienen presente este fundamento divino en cuanto último fundamento.

⁽³¹⁾ NORBERTO BOBBIO, *L'Analogia nella Logica del Diritto*, cap. I, Torino, 1938, Istituto Giuridico, ilustra bien cómo el pensamiento pragmático trataba un problema concreto.

ca no se sospecha todavía la posibilidad de una concepción del derecho positivo en los términos de una teoría. ⁽³²⁾. Y mientras la interpretación de la ley no superara el plano gramatical, es indudable que el pensamiento jurídico-positivo tampoco podía abandonar mucho el nivel pragmático, porque las leyes, tomadas como meros datos de la experiencia jurídica que se sustentan en el hecho de las palabras, son hechos de cultura que se utilizan instrumentalmente, como las propias palabras, con independencia las unas de las otras, a semejanza de los ladrillos antes de la construcción del edificio ⁽³³⁾. Dejando a un lado el problema científico latente de saber hasta qué punto es posible llevar esta desarticulación pragmática, ya que, al final de cuentas, el derecho positivo es siempre creación del espíritu humano unitario y a esta unidad no la puede perder; dejando aparte esta cuestión cabe advertir que el método de interpretación conocido en ese entonces es el método gramatical, es decir el método espontáneo e ingenuo; el que no ha sido inventado por ningún jurista; el que está en todas las épocas y al que recurre todo el mundo en actitud irreflexiva cuando quiere conocer lo que dice una ley.

Hoy en día el panorama del pensamiento jurídico presenta otra fisonomía. Existe, sin duda con renovado vigor, el pensamiento especulativo que afronta el problema del ideal jurídico, plenamente consciente de que trabaja con ideas reguladoras y de que ha de abordarlo como una cuestión inmanente al Derecho, no como una cuestión trascendente. Existe tam-

⁽³²⁾ GIOELE SOLARI, *Storicismo e Diritto privato*. p. 242; Torino, 1940, Giappichelli: "La actividad de los juristas cuando no se desenvolvía en un campo abstracto, filosófico, se agotaba en la solución de los casos controvertidos y en la aplicación práctica del derecho (*usus fori*)".

⁽³³⁾ A-fortiori tratándose de la interpretación de normas consuetudinarias donde el Derecho se da como usos y prácticas, sin que el sentido de estas cosas esté interferido por el hecho de la sanción de las leyes, las cuales aparecen en la experiencia jurídica como creaciones reflexivas. Es así que se advirtió que también el derecho consuetudinario puede ser concebido en forma teórica, solamente después que este enfoque fué adquirido para el derecho legislado y como una generalización del mismo problema científico.

bién — y siempre ha de ser así porque es algo que corresponde a la actualización del Derecho — el pensamiento jurídico-positivo de carácter pragmático en los términos esbozados más arriba. Pero entre aquel pensamiento jurídico-especulativo y este pensamiento jurídico-pragmático, hoy encontramos además un pensamiento jurídico-científico que comparte con el segundo el carácter de ser pensamiento jurídico-positivo pero que se diferencia de él por su sentido teórico opuesto al sentido instrumental.

Veamos este punto más de cerca. En nuestra época abundan las teorías jurídicas, como aquellas tan conocidas sobre la naturaleza de las personas jurídicas (ficción, existencia ideal, patrimonio con destino económico, etc.). No hay institución que hoy no esté recogida por un esquema conceptual que aspira a exponerla en su ser positivo, con prescindencia de toda consideración sobre lo que ella debiera ser por su mayor justicia. Estos esquemas aparecen, por de pronto, como construcciones conceptuales que simplemente pretenden dar cuenta del derecho positivo, de la misma manera que las concepciones físicas pretenden dar cuenta de la realidad sensible. Las normas jurídicas son los datos para una construcción conceptual de aquella naturaleza y el pensamiento las somete a un proceso de abstracción, de comparación y de clasificación con objeto de llegar a un residuo conceptual constitutivo (no regulativo), del cual las normas positivas son simples afloraciones concretas que verifican aquel residuo. Una norma que desmienta la construcción así lograda, echa abajo toda la teoría y reclama por otra más satisfactoria, porque con eso la construcción evidencia no haber dado conceptos constitutivos. No importa que las normas ofrezcan un panorama fragmentario cual si ellas enseñaran apenas un segmento de una realidad velada; la imaginación científica crea las piezas de los claros y así el derecho positivo aparece como la expresión de un conjunto de principios elementales y coherentes que forman una construcción jurídica. Ciertamente que una norma rebelde a la construcción destruye la construcción porque todo

este pensamiento científico-jurídico reposa en el supuesto de que la construcción jurídica sólo se verifica en la experiencia, pues la realidad jurídica está más allá de la norma: hay que remontarse desde los fenómenos jurídicos, a través de sus representaciones conceptuales (normas), hasta su concepto sistemático si queremos aprehender la verdadera representación de la realidad jurídica. De esta manera, en la construcción jurídica referida al derecho vivido, alienta el mismo sentido ontológico de la ciencia natural; es decir, de ser ella la verdadera realidad jurídica, captable por el intelecto, pues la apariencia vivida sólo es la expresión fenoménica donde se verifica. Ninguna referencia a lo que institucionalmente debería ser por su intrínseco valor; el interés se centraliza sobre el derecho que es, tal cual es y en su verdadero ser; es decir que, frente al pensamiento jurídico-especulativo con sus conceptos regulativos, está este pensamiento jurídico-positivo con sus conceptos constitutivos. Y el pensamiento se determina por la verdad de aquel ser jurídico-positivo y no por el éxito circunstancial respecto de alguna decisión judicial que él cooperara a obtener; es decir que, frente al pensamiento jurídico-pragmático con sus conceptos instrumentales, está también aquel pensamiento jurídico-científico con sus conceptos constitutivos. Todo esto es pensar el derecho positivo en términos científicos; y así la vida del pensamiento jurídico contemporáneo se mueve reemplazando una teoría por otra, aun sin necesidad de que se haya transmutado el plexo de las normas positivas, de modo que las teorías desalojadas aparecen como errores de la concepción científica y de manera que la ciencia jurídica, al igual que las otras ciencias, en cuanto ella es una creación libre de la cultura, aparece en su historia como una historia de verdades y de errores.

Estamos, pues, hoy ante una ciencia del derecho positivo; es decir ante una concepción neutra de esa realidad integrada por las normas jurídicas efectivas; o dicho más exactamente, ante una concepción neutra de esa realidad de conducta que nos representamos con las normas jurídicas. Hoy nos pa-

rece imposible de abordar el estudio del derecho positivo de distinta manera; y esto no sólo para concebirlo en su verdadera realidad; no sólo como técnica para su enseñanza; sino también por su trascendencia técnica para el pensamiento jurídico-pragmático, en cuanto toda técnica resulta tanto más eficiente cuanto más se apoya en la verdad. Es así que este pensamiento jurídico-científico envuelve hoy en día, como una atmósfera, el mundo de ideas de todos los especialistas en Derecho, desde los juristas, pasando por los jueces, hasta los abogados, pues éstos, no obstante pensar las leyes en función de un resultado preconcebido, no han dejado de advertir cuánto se multiplican las posibilidades de una argumentación instrumental y circunstancial cuando la composición de lugar sobre la realidad jurídica es más sólida y profunda (34). Es así que hoy en día parece ya irrenunciable la concepción científica del derecho positivo; todas las instituciones están concebidas de aquella manera teórica que aspira a develar en ellas su ser efectivo; y no bien se sanciona una ley, los juristas de inmediato la conciben en sus conexiones con aquellas construcciones conceptuales cuya pretensión de dar cuenta del derecho positivo hemos subrayado como la nota diferencial de nuestra época.

Analizando las circunstancias históricas específicas de la sociología del saber que han hecho posible la aparición de esta ciencia del derecho positivo, la encontramos subordinada a estas dos condiciones: La distinción gnoseológica entre Moral y Derecho sustentada por Kant (35), y la ontologización

(34) Creemos que para la sociología del saber jurídico de nuestro inmediato porvenir, es de gran importancia la circunstancia señalada de que todo el ámbito de quienes se dedican al estudio del Derecho esté ganado por este "clima científico", pues en la sociología del saber las nuevas ideas están condicionadas por las ideas ambientes. Y en cuanto la ciencia es un libre producto de la cultura, no ha de olvidarse que el proceso de producción de una ciencia del Derecho cursa históricamente por la conciencia personal de quienes cultivan el Derecho como conocimiento.

(35) La influencia kantiana en este punto fué inmensa e inmediata a través de Hugo, Thibaut y Heise, y alcanzó a la legislación con su

del derecho positivo llevada a cabo por Savigny. Por lo primero se deslindaron dos esferas independientes para la investigación, sin interferencias recíprocas que perturbaran el trato de la una con ingredientes espúreos venidos de la otra, pues, evidentemente, mientras se siguiera confundiendo Derecho y Justicia, es decir mientras se creyera que el Derecho era Derecho sólo en la medida en que era justo (posición del derecho natural), las valoraciones morales, a través de las valoraciones jurídicas y por ser solidarias con éstas en todo sistema ético, incidirían en las concepciones jurídicas determinando que al Derecho se lo tratara como valoración y no como un objeto de conocimiento ⁽³⁶⁾, aunque el objeto fuera justamente

esclarecido discípulo el ministro Zeiller: "Mientras el Iluminismo tendía a armonizar la moral y el derecho en la común finalidad de la perfección y de la felicidad individual, Kant tendió a distinguirlos sobre el fundamento de la libertad interna y externa y tal criterio de distinción fué guía constante de los redactores del Código austriaco" (G. SOLARI, *Individualismo e Diritto privato*, 264, ed. cit.).

Pero la obra de Kant a este respecto tiene que considerarse solidariamente con la de su predecesor Tomasio. Con todo hay que tener en cuenta que la distinción conceptual de Tomasio es tripartita (Moral, Política y Derecho) y sobre todo, que no se fundamenta en las categorías del obrar, es decir en los supuestos estructurales de la conducta, sino en la materia de ésta. Por lo demás el análisis kantiano es defectuoso y por ello el fundamental tema continuó trabajándose ininterrumpidamente hasta nuestros días, en que **GIORGIO DEL VECCHIO** (*El Concepto del Derecho*, cap. I y II, año 1906; Madrid, 1914, Reus) lo lleva a solución definitiva. Esta es, a nuestro juicio, en conexión con lo que se dice en el texto más adelante, la magna significación de este filósofo en la historia de las ideas jurídicas y en la creación de la ciencia del Derecho, la que tiene, en dicho análisis, la barrera infranqueable que asegura una de sus fronteras y que actúa como condición de su existencia. Agregaremos que cualesquiera fuesen los defectos del análisis kantiano y sus consiguientes repercusiones en el repertorio de ideas jurídicas que se iba elaborando, lo sociológicamente importante en este capítulo de la sociología del saber fué que la distinción entre Moral y Derecho se mantuvo viva en la investigación de todos los juristas que trabajaron — y trabajan — científicamente.

Para el cotejo de los análisis de Kant, Stammler, Del Vecchio y otros, ver **CARLOS COSSIO**, *Teoría de la Conducta*, cap. IV, N° 36 (próxima a publicarse).

⁽³⁶⁾ Esta es la crisis en que yacen las ideas jurídicas de filiación escolástica, cuya inutilidad para la ciencia jurídica se acredita con el hecho de que hasta ahora ninguna contribución le han aportado a dicha ciencia. Los pensadores escolásticos insisten en considerar el Derecho como

una valoración: en lugar de conocerlo se lo valoraba. Por lo segundo la investigación jurídica se hace positiva porque el pensamiento se vuelve hacia los hechos, en cuanto se comprende que no hay otro derecho fuera del derecho positivo, de modo que el problema consiste en captarlo a éste tal cual es, porque el derecho en su ser se da totalmente en la experiencia jurídica y ésta es la única fuente de donde se lo puede tomar.

La ciencia del Derecho que así comienza a configurarse es, pues, una ciencia empírica, es decir ciencia del derecho positivo porque trabaja sobre el derecho en cuanto es fenómeno efectivo, en actitud neutra a toda estimación sobre su intrínseca justicia y moralidad. Es claro que esta ciencia no nació de golpe, armada con casco y lanza como Minerva de la cabeza de Júpiter. Por el contrario, en cuanto libre producto de nuestra cultura, constituye un largo proceso de formación e integración donde pueden distinguirse tres hilos conductores para los pensamientos que van a integrarla esencialmente, según su esencia se transparenta en la filosofía de nuestra época.

El primero de estos hilos se caracteriza porque trabaja con lo que hay de contingente en el fenómeno jurídico. En este sentido su trabajo da frutos definitivos para la investigación, pues aunque hoy ya no se puede aceptar su presupuesto teórico de que el dato jurídico está constituido únicamente por ingredientes contingentes, ha de reconocerse que la elaboración científica de lo contingente-jurídico ha de llevarse a

una zona circunscripta dentro de la órbita moral y, por lo tanto, dependiendo del pensamiento constitutivo de la Moral como la especie del género (ver VÍCTOR CATHREIN, *Filosofía morale*, I, 621; Firenze, 1913, lib. ed. fiorentina; y VÍCTOR CATHREIN, *Filosofía del Derecho*, 272; Madrid, 1926, Reus), con lo cual no sólo no alcanzan ni destruyen el análisis de un Del Vecchio que fundamenta dos conceptos independientes, sino que ni siquiera se hacen cargo del hecho de la ciencia jurídica, que ha nacido sobre aquella separación y que, en cuanto hecho, no puede ser discutido.

cabo de la manera encontrada por los hombres que dieron vida histórica a este tipo de saber. Nace esta problemática en el instante mismo en que comienza a tratarse sistemáticamente el derecho positivo. Por un lado está la Escuela exegetica cuyo empirismo gnoseológico la lleva a no trascender los hechos y, por lo tanto, a comprender un dato jurídico como una identidad con otro hecho; así en materia de interpretación, una ley es igual a la intención del Legislador que la sancionó. Y simultáneamente por otro lado, están Savigny, en tanto científico, y sus discípulos cuyo racionalismo gnoseológico (37) da

(37) Frente al Derecho Natural, Savigny, en cuanto fundador de la Escuela histórica, es sin duda un historicista; pero esto interesa a la concepción ontológica del Derecho en su problema metafísico cuando se interroga ¿qué clase de ser es el ser del Derecho y qué es ese ser? Pero ahora estamos considerando no los problemas metafísicos del Derecho, sino sus problemas gnoseológicos, es decir los problemas de la ciencia empírica del Derecho que aparece, en parte al menos, a raíz de aquella ontología. En este terreno Savigny, por los motivos que exponemos en el texto, tiene un concepto racionalista, no del ser, sino de la ciencia; en este terreno hay conexión entre Hugo y Savigny, pero sólo en este terreno, como reconoce autorizadamente SOLARI (*Storicismo e Diritto privato*, 86; ed. cit. En igual sentido RENATO TREVES, *La Esperiencia jurídica*, inédito); y en este sentido es unánimemente aceptada la conexión dogmática entre Savigny y Jhering.

De manera paralela, no obstante que el movimiento codificador proviniera de una concepción metafísica racionalista del Derecho, los exegetas que trabajaron ya sobre los códigos, son exponentes de un empirismo histórico en los problemas de la ciencia del Derecho porque ellos manejaban la ley en cuanto hecho y no en cuanto razón. (Ver ENRIQUE R. APTALION, *Los Principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil*, en "Anales" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, t. XI, p. 263; y GIOLE SOLARI, *Individualismo e Diritto privato*, 278, ed. cit. Ver también más adelante, cap. IV; y COSSIO, *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, cap. I, ed. cit.).

En resumen, para la Exégesis el material de la experiencia jurídica se elabora también empíricamente; en tanto que para Savigny dicho material se elabora racionalmente en el conocimiento, entendiendo, con Hugo, que lo racional de esta elaboración porque en verdad la fundamenta, tratándose del fenómeno jurídico, consiste en investigarla en su historia: la experiencia jurídica es histórica y no de otro tipo. Pero en uno y otro caso el problema gnoseológico deja libre la cuestión sobre la esencia y naturaleza de aquel material de experiencia.

"El historicismo como nuevo método de estudio en el derecho privado se inicia con Hugo, como nueva doctrina general del Derecho con Savigny". "A la interpretación escolástica del pensamiento kantiano,

nacimiento a la Escuela dogmática con las primeras teorías jurídicas sobre algunas instituciones, como en la posesión o en el ejemplo antes recordado de las personas de existencia ideal y la teoría de la ficción. Exégesis y Dogmática coinciden en que se ha de trabajar con los datos de la experiencia jurídica a fin de obtener un conocimiento positivo del Derecho; pero mientras la Exégesis cree que se logra este conocimiento con establecer la equivalencia entre un dato jurídico y otro hecho de experiencia (empirismo científico), para lo cual se vuelve hacia la intención del Legislador por medio de las fuentes del dato jurídico; la Dogmática, en cambio, cree que no se llega al fenómeno jurídico en su verdad con la mera aprehensión del dato, sino con la teoría que da cuenta de aquel fenómeno (racionalismo científico) (38) a semejanza de lo que hacen

Hugo oponía la interpretación crítica que era la única verdadera". "Hugo, antiguo admirador y secuaz declarado de Kant, fué casi el único reaccionar contra semejante interpretación del kantismo, que perpetuaba en el derecho privado los sistemas tradicionales de estudio". "Tal finalidad explica la lucha sostenida por Hugo, de un lado contra los jusnaturalistas y los pseudo-kantianos y del otro contra los prácticos y los jurisprudentes cultos, no menos que los esfuerzos hechos por él para armonizar su obra de reforma del derecho positivo con el kantismo realmente entendido" (SOLARI, *Storicismo e Diritto privato*, 11, 15 y 17, ed. cit.). Hugo reclamó expresamente la atención de los lectores sobre un pasaje de Kant poco conocido tendiente a demostrar que nuestro conocimiento en todas las ciencias no matemáticas no puede tener otra fuente que la experiencia; y en concordancia con esto el historicismo gnoseológico comprendió que la experiencia jurídica está en su historia. "Comprendió Hugo, lo que hoy se reconoce universalmente, que la importancia y el significado del kantismo estaba sobre todo en la nueva solución del problema cognoscitivo, presupuesto de todas las ciencias sin excluir las jurídicas" (SOLARI, *Storicismo e Diritto privato*, 16, ed. cit.). Pero la estructura y el sentido mismo de la ciencia eran racionales. Todas estas exigencias encuentran en el tratado sobre *La Posesión de Saigny*, un cumplimiento definitivo en la esfera teórica del Derecho.

(38) GIOIÈ SOLARI, *Individualismo e Diritto privato*, 278: "En un primer período el trabajo cumplido por los intérpretes al rededor del Código francés se reduce a los esfuerzos hechos para conocer y poner en evidencia la voluntad del Legislador, o sea fué dirigido a fijar el sentido exacto de los textos, el alcance preciso de las normas jurídicas. Y parece un real progreso cuando a la exégesis del Código sigue un trabajo de sistematización y de desarrollo lógico de los principios mediante la *ratio juris*. Ahora se asiste al esfuerzo puramente lógico de llevar un principio a sus consecuencias extremas".

las teorías físicas. Así el ser del Derecho está tomado sólo con el concepto científico; ese ser está dado, pues, en la teoría, sin que esto quiera decir que la ciencia jurídica se pronuncie sobre la naturaleza de ese ser (problema metafísico del Derecho), pues la ciencia sólo presupone alguna concepción metafísica del Derecho que autrice un conocimiento positivo del mismo: dentro de este presupuesto condicionante, la ciencia aspira a dar un simple conocimiento del Derecho que es y tal como es, pero sin trascender a la naturaleza de ese ser.

Es claro que esta ciencia dogmática del Derecho positivo es una ciencia de experiencia, no una especulación sobre objetos ideales. Pero es una ciencia de experiencia racionalizada según la fundamentación general de Kant. Es decir, ella parte de las normas positivas, pero el sentido de estas normas se fija mediante un doble proceso: un proceso formal de comparación, abstracción, clasificación y generalización que busca en ellas una coherencia sistemática absoluta (lógica pura), a diferencia de la coherencia relativa del individuo pensante (lógica psicologista), en nuestro caso del Legislador cuyos pensamientos pueden ser contradictorios, que sustenta a la Exégesis; y por otro proceso material en cuya virtud la razón escoge de las múltiples significaciones que pueden haber en cada norma positiva, aquella significación que responda sistemáticamente a la realidad, en lugar de atenerse a la significación que tuvo en cuenta el Legislador, como hace la Exégesis.

Lo cierto es que las teorías jurídicas, a partir de Savigny y de sus predecesores contemporáneos (Hugo, Heise, Thibaut, etc.) principian a multiplicarse y propalarse prodigiosamente como obra de los juristas, en su esfuerzo por concebir el derecho positivo en su verdad. Al comienzo se refieren a instituciones aisladas del orden jurídico, pero poco a poco se amplían los horizontes y una sola teoría más general se puede hacer cargo de problemas que antes estaban repartidos entre varias más limitadas. Así se llega a Rodolfo von Jhering quien da un toque definitivo sobre lo que es una construcción jurí-

dica en cuanto conocimiento dogmático (39) y cuya obra hizo ver de una vez para siempre el alcance ilimitado que podía adquirir este tipo de conocimiento científico. Por esa época ya la Dogmática se ha extendido a todas las ciencias jurídicas y ha impuesto su tono al pensamiento científico aunque sin poder eliminar del todo a la Exégesis, cosa que hemos de tener en cuenta en nuestras conclusiones. Pero recordaremos que esta consolidación paulatina de la ciencia del Derecho, no fué sin vicisitudes; tuvo también su momento escéptico; von Kirchmann, en efecto, negó la posibilidad de semejante ciencia (40), aunque acá, como en otras zonas del pensamiento filosófico, la peripecia escéptica resultó al final de cuentas más un acicate que un obstáculo; y la ciencia del derecho positivo prosiguió su curso hasta llegar a feliz término en la constitución de esta

(*) JHERING, *L'Esprit du Droit romain*. III, p. 50; Paris, 1887, Maresq. Ver RENATO TREVES, *Il Diritto come relazione*, 53; Torino, 1934, Istituto giuridico della R. Università.

(40) No hay que confundir el escepticismo que va desde los sofistas y Carneades hasta Montaigne y von Logau, con el escepticismo original de von Kirchmann. Aquél es un escepticismo jurídico-axiológico y éste un escepticismo jurídico-científico. El primero sostiene que nada hay que sea justo de por sí o que habiéndolo, no se lo puede conocer. El segundo no se refiere a la justicia sino al derecho positivo, diciendo que es un objeto que carece de los requisitos necesarios para permitir una ciencia y que el conocimiento sobre él no es un conocimiento científico.

TRASIMACO dice, en *La República* platónica, 338-c (Paris, 1932, Les belles Lettres): "La justicia no es otra cosa que el interés del más fuerte". Sobre el pensamiento filosófico-jurídico de los sofistas, se puede ver en castellano, con gran provecho, EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *El Derecho natural en la época de Sócrates*, México, 1939, Jus, sin ninguna duda el mejor trabajo escrito en nuestro idioma por su precisa información y su auténtico sentido del problema.

MONTAIGNE. *Ensayos*, Paris, Garnier Hnos., I, 73: "En cosas terrenales ninguna opinión hay, por extraordinaria y peregrina que sea, que la costumbre no haya implantado como ley allí donde bueno le ha parecido". Es en función de esta premisa que hay que entender las conocidas frases de Montaigne cuando se pregunta "¿qué bondad es aquella que al otro lado de un río resulta un crimen?". Para todo esto es importante el cap. XXII del libro I, sobre la fuerza de la costumbre. Pero el escepticismo de Montaigne va, por cierto, más allá de la esfera moral: "Cuando yo me burlo de mi gata, ¿quién sabe si mi gata se burla de mí más que yo de ella?" (ob. cit., I, 389).

FRIEDRICH VON LOGAU: "Es dudoso que la recta razón jurídica haya sido alguna vez conocida por alguien; frente a toda opinión podrá siem-

problemática de lo contingente-jurídico que estamos tratando (41).

Esto ocurre cuando se peticiona por una teoría general del Derecho. La significación fundamental de von Jhering consiste en que sus investigaciones sobre la construcción jurídica (42) hicieron ver que todas las figuras jurídicas empíricas

pre oponerse algo. Ahora bien, aquello que es dudoso, difícilmente puede constituir una ciencia'' (Citado por RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho*, 249; ed. cit.).

Por el contrario los argumentos principales de von Kirchmann se apoyan en la circunstancia de que la materia del Derecho varía incesantemente, a diferencia de la Naturaleza que está dada de una vez para siempre; de ahí su famosa frase "tres palabras rectificadoras del Legislador bastan para convertir una biblioteca en basura". Según von Kirchmann, para decirlo con la frase de Pagano, el objeto de la Jurisprudencia "no es lo permanente y absoluto, sino lo casual y arbitrario" (ANTONIO PAGANO, *Il carattere scientifico della Scienza del diritto*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", t. I, p. 264, año 1921). Para noticias sobre el "episodio Kirchmann", el mejor comentario y exposición más completa en nuestro idioma, es el de LUIS RECASENS SICHES, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, p. 18 a 28; Barcelona, 1936, Bosch, que recomendamos.

El error de von Kirchmann se ha rectificado en el punto que correspondía hacerlo, desde Stammler (ver STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, p. 8, nota 9; Madrid, 1930, Reus). Pero como nosotros hemos de volver sobre el punto en los capítulos finales, para sacar la recta consecuencia, desde ya destacamos la exactitud y la importancia de la observación de von Kirchmann: la Naturaleza está creada de una vez para siempre; sólo sus apariencias fenoménicas varían; en cambio el Derecho, en tanto Espíritu, se crea de continuo; aquélla es una experiencia invariable en tanto que ésta es una experiencia variable. Pero esto no basta para concluir que de la segunda no quepa una ciencia, porque en semejante conclusión se presupone que el único tipo de ciencia posible es el de la ciencia natural.

(41) No queremos decir, por cierto, que la investigación de lo contingente-jurídico llegara a su fin en el sentido de que la ciencia jurídica se paraliza porque ha resuelto todos sus problemas y ya nada tiene que investigar. Esta investigación es el contenido de la ciencia y en este sentido su desarrollo es indefinido por el doble motivo de que el ingenio humano puede siempre descubrir nuevos puntos de vista conceptuales y de que la experiencia jurídica constantemente se enriquece con nuevas instituciones que hay que concebir. Lo que queremos decir es que se alcanzan los límites del ámbito en que esta investigación se mueve en su desarrollo indefinido, con lo cual la ciencia termina por verse, a ese respecto, en toda su amplitud y en su específica identidad, quedando por ello definitivamente constituida como ciencia.

(42) JHERING, *L'Esprit du Droit romain*, Introducción del tercer tomo, esp. p. 50 y sigtes.; ed. cit.

pueden reducirse a construcciones jurídicas y, con ello, que cualquier trozo de la experiencia jurídica puede ser llevado a la teorización. Desde aquí, es decir desde la posibilidad de construir teorías jurídicas para cualquier institución, a la petición de una teoría única para toda esa experiencia jurídica susceptible de ser teorizada fragmentariamente en todas sus partes, no media más que un paso. A este paso lo reclamaron Bergbhom, Bierling y Merkel con su petición de una teoría general del Derecho, común a todas las disciplinas especiales y fundamentante de éstas. Pero la dirección en que correspondía dar el paso la señaló Stammler cuando advierte que el concepto del Derecho, en cuanto tema central de esta teoría general, no puede ser empírico y contingente sino racional y apriorístico respecto de los datos positivos, pues para calificar de jurídico a un dato y para apartar los datos jurídicos del conjunto de datos que brinda la experiencia social, hay que disponer previamente de un criterio que permita aquella calificación y que haga posible aquel agrupamiento selectivo presupuesto en la labor del científico. Este criterio es el concepto del Derecho en cuanto mero concepto, es decir en cuanto universal-lógico que caracteriza suficientemente y en forma neutral todo derecho habido y por haber en su calidad de ser derecho y nada más.

Stammler no solamente advierte que el concepto del Derecho es racional y apriorístico; advierte además que no es ni puede ser contenido de la experiencia jurídica, sino forma de la misma. Por lo primero supera definitivamente el empirismo filosófico de que padecía la investigación científica, legítimamente empírica en la investigación de los contenidos jurídicos. Pues si la teoría general del Derecho fuera a lograrse por la generalización de los contenidos de experiencia, nunca estaría lograda: los contenidos de experiencia son siempre reemplazados por otros contenidos, de modo que la verdad inferida de aquéllos puede no contener a la verdad de éstos, con lo cual falta a la teoría jurídica un punto de apoyo y la obra de los juristas se resuelve en un regreso al infinito de teorías sobre teorías cada vez más generales, sin poder detenerse jamás en

esta progresiva generalización: las nuevas experiencias constantemente pueden obligar a una generalización más vasta porque las nuevas experiencias también han de ser concebidas; en cuyo caso la teoría general del Derecho depende de la historia igual que el derecho positivo, con lo cual, ciertamente, ya no sería tal teoría general porque nunca estaría totalmente integrada en sentido sistemático ni podría ser formulada. Es claro que para poner término a esta cadena indefinida de teorías cada vez más generales, hay que llegar, como única solución, a un tope que no sea producto de la generalización empírica; es decir a un concepto racional o puro del Derecho como núcleo de su teoría general.

Pero si este concepto racional fuera un contenido de la razón, es decir también un contenido del Derecho pero con intrínseco y permanente valor, se habría retornado a las concepciones del Derecho Natural con su confusión entre Derecho y Justicia y, en consecuencia, entre Derecho y Moral. Por eso es genial el viraje de Stammler para salvar esta nueva dificultad, llevando al Derecho el punto de vista de la *Crítica de la Razón pura*, en cuya virtud el concepto racional del Derecho no es un último contenido, sino la forma de todos los contenidos empíricos, resultando así apriorístico respecto de éstos. Forma, pues, racional, universal, necesaria, invariable y apriorística.

La orientación que imprime Stamler a la investigación jurídica en este punto puede considerarse definitiva y por eso su significación en la historia de las ideas jurídicas no puede ser empujada por las modas intelectuales. Pero ha de reconocerse que es Del Vecchio quien consume y realiza el programa stammleriano porque es su concepto del Derecho — y no el de Stammler — el que satisface con todo rigor las exigencias metódicas de la posición trascendental o crítica (43). Y

(43) No es este el lugar de analizar críticamente uno y otro conceptos. Para ello nos remitimos a nuestra *Teoría de la Conducta*, N° 36. Pero puesto que más adelante veremos cómo Stammler erró antes de dar el concepto del Derecho, porque incurrió en error metodológico (a

acá ya se advierte que la distinción entre Moral y Derecho contenía la distinción entre Derecho y Justicia, no porque el problema de la Justicia sea un problema moral puesto que es un problema jurídico (como veremos más adelante), sino porque si la distinción entre Moral y Derecho es categorial, ella se formula como una distinción lógica entre dos conceptos, el de la Moral y el del Derecho; con lo cual el concepto lógico del Derecho en tanto forma, quedaba descarnado de sus contenidos, entre los cuales la Justicia juega principal papel.

Recapitulando este primer aspecto de la ciencia positiva del Derecho que concierne a la elaboración teórica de lo contingente-jurídico, se puede decir que este movimiento del pensamiento jurídico lleva a la constitución de la Dogmática como el modo científicamente adecuado para tratar aquellos contenidos contingentes; y que el concepto puro del Derecho de las escuelas neo-kantianas lejos de ser la negación de la Dogmática, es su remate científicamente necesario porque lo contingente y particular es contingente y particular por referencia a lo necesario y universal, de modo que la explicación de un concepto puro del Derecho no hace más que sacar a luz un presupuesto de las construcciones dogmáticas que si bien no puede ser tratado por ellas, en cambio las hace a ellas posibles al brindarles el objeto con que ellas trabajan dando la unidad de lo contingente, pues, en efecto, sin esta unidad los materiales empíricos no llegan a ser objeto.

Al poner así en la misma línea de problemas las teorías

parte de errores metódicos a que no aludimos), digamos acá que Del Vecchio yerra después de este su momento genial. En efecto, definido el Derecho como conducta puesto que es la interferencia intersubjetiva de las acciones humanas, este autor, al pasar a los temas especiales (derecho objetivo, derecho subjetivo, coerción, etc.) pierde aquel punto de vista y los trata en una forma que no se diferencia de la de los autores dogmáticos a no ser por su bella pulcritud; los trata con la Lógica del ser y no con la Lógica del deber ser, como se verá en el texto. Así para Del Vecchio, el derecho objetivo es regla de conducta y no conducta; el derecho subjetivo es facultad, etc. (Ver DEL VECCHIO, *El Concepto del Derecho*, cap. III y sigtes. ed. cit.).

dogmáticas concernientes al derecho positivo y el concepto puro del Derecho, se nos impone el cotejo entre la significación de von Jhering (con su predecesor von Savigny) y de Del Vecchio (con su predecesor Stammler) en los siguientes términos: Por un lado, todas las unidades componentes de la experiencia jurídica son susceptibles de concepción teórica; y por otro, toda la experiencia jurídica puede ser concebida como una unidad. Por lo primero, el conocimiento se califica como positivo; por lo segundo, la experiencia se califica como jurídica. Lo segundo es supuesto lógico de lo primero, aunque históricamente haya sido formulado después; por eso es un elemento latente en la Dogmática, a la que sirve como piedra de toque para que se mantenga sobre el objeto propio. Con lo primero no se puede llegar a lo segundo, porque si lo primero simplemente abstrae y generaliza la experiencia jurídica, ésta experiencia nunca está dada del todo, de modo que ninguna generalización puede verla como una unidad definitiva (y por lo tanto real) que sea punto de apoyo. Pero tampoco se puede pasar de lo segundo a lo primero, porque si lo segundo es simplemente la unidad lógica, la lógica ni afirma ni niega la existencia efectiva; la lógica se limita a la posibilidad de la misma.

Llegados a este punto en la creación de nuestra ciencia del Derecho, debemos examinar un segundo orden de cuestiones que la integra: la Lógica jurídica.

El concepto del Derecho hizo ver que el derecho positivo no se constituye únicamente con elementos contingentes, sino que contiene también elementos necesarios dotados de apodíctica necesidad; es decir que junto a los ingredientes que son tal como los muestra el derecho positivo pero que podrían ser de otra manera, hay en él ingredientes que no pueden ser de otra manera porque el pensamiento contrario contiene una contradicción. Así son necesarias las siguientes proposiciones,

para no traer a colación sino las que han sido motivo de mayor análisis: El orden jurídico es pleno y hermético; obedece al Legislador originario; el Juez debe juzgar siempre; lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; no hay derecho sin sujeto del derecho; etc.

También se comprende que si estas proposiciones son necesarias, ellas están presupuestas en la labor científica de los juristas; es decir que ellas son estructuras neutras de sus concepciones donde se alojan y ubican los elementos contingentes, en la medida en que éstos van resultando conocidos como derecho positivo.

Todas estas proposiciones necesarias fueron las determinantes de la petición de una teoría general del Derecho; y si bien los empiristas creyeron que eran proposiciones simplemente generales, los kantianos demostraron que eran apodícticas; por eso hoy, cuando el jurista interfiere con alguna de ellas, tiene en ello un toque de atención para cambiar de método porque ellas no pueden ser adecuadamente tratadas de manera empírica sino apriorística. Todas estas proposiciones necesarias, despojadas de sus contenidos contingentes y precisamente porque son meras estructuras para éstos, nos dan un conjunto de conceptos lógicos que han de ser tratados precisamente en su ser lógico si queremos llevar hasta ellos la investigación científica; conceptos lógicos que, por otra parte, han de estar dominados por el jurista si quiere hacer ciencia, porque toda ciencia se levanta sobre una lógica, como es bien sabido (44).

Pero lo importante acá es advertir que estas proposiciones necesarias son las que determinan que el Derecho aparezca a los juristas como norma o precepto, porque tal es el sentido que toman los elementos contingentes cuando se vertebran en torno a ellas. Y así la estructura de la norma jurídica fué abor-

(44) Sobre esta situación del científico, ver COSSIO, *Sobre las relaciones entre la Filosofía del Derecho y las ciencias jurídicas*, apéndice a *La Plenitud del Orden jurídico...* p. 181, ed. cit.

dada constantemente por quienes trabajaron en pro de una teoría general del Derecho.

Ahora bien, si estos conceptos lógicos habrían de ser tratados en su ser lógico, esto es analizados en sí mismos tal como un triángulo es tratado en su ser geométrico por la Geometría, cabe reconocer que hasta Kelsen no han sido analizados de semejante manera. Una cosa es aclarar el sentido lógico de la realidad jurídica, como hace Del Vecchio con su concepto puro; y otra es desentrañar las estructuras lógicas del conocimiento jurídico de esa realidad, sea o no sea aquél su sentido, como hace Kelsen. Una cosa es formular un concepto puro en cuanto fundamento constitutivo de una realidad; y otra cosa diferente es prescindir de la realidad, volverse hacia el pensamiento que la piensa y analizarlo en sus estructuras conceptuales: lo primero explica la relación que hay entre la conciencia y la realidad por ella conocida, en tanto que lo segundo hace del pensamiento el objeto de la conciencia y lo estudia en el ser ideal que le pertenece, que es el ser lógico. Una metáfora conocida aclarará el doble enfoque a que queda sometido el mismo ingrediente lógico en esta cuestión: si contemplo un paisaje a través de un cristal rosado, mi atención atraviesa el cristal sin percibirlo y se posa en los diversos objetos que encuentra en el panorama, no obstante lo cual es claro que todo el colorido de lo que contemplo está en función del color del cristal, que se impone por anticipado en mi visión; pero puedo también desentenderme del paisaje, volverse hacia el cristal y hacerlo objeto de mi conocimiento, es decir, verlo como cristal y tomar contacto con sus propiedades en cuanto objeto. En la primera actitud, una reflexión sobre el cristal me hubiera podido informar sobre el sentido de la realidad que percibo en cuanto depende del cristal; en la segunda actitud, me informa de la verdad contenida en el cristal.

Es así que hasta Kelsen los conceptos lógico-jurídicos no han sido analizados en su ser lógico (⁴⁴ bis). Hasta Kelsen la

(⁴⁴ bis) En la nota 43 ya aludimos a cómo Del Vecchio trata la norma igual que la Dogmática, con la Lógica del ser.

norma jurídica ha sido concebida con la Lógica de la Naturaleza, que es Lógica del ser; con la vieja Lógica aristotélica que conocieron los juristas romanos y que a través de modelos tan eminentes fué aceptada sin reservas por el pensamiento jurídico ulterior (45). El duelo entre la lógica psicologista y la lógica pura que, en contra de lo que se vaticinaba en el siglo XIX, se ha decidido definitivamente, por Husserl, en favor de la lógica pura, no afecta directamente a nuestra cuestión, porque se ha referido a la Lógica del ser. Esa Lógica triunfante es la vieja Lógica aristotélica remozada y considerablemente ampliada y profundizada (46).

La Lógica del ser, en cuanto lógica de la Naturaleza, es inobjetable porque el presupuesto de la noción de Naturaleza es la constancia causal, la cual supone precisamente el ser como substancia, es decir lo que permanece idéntico a sí mismo (47): la Naturaleza, así, está creada de una vez para siem-

(45) TOMMASO CASTIGLIA, *Stato e Diritto in Hans Kelsen*, 83 y sigtes., Torino, 1936, Giappichelli; y RENATO TREVES, *Il Diritto come relazione*, 7, ed. cit. Extensamente en CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 12 y 37; y más adelante en la presente obra, cap. VIII.

(46) DAVID GARCÍA BACA, *Introducción a la Lógica moderna*, 17 y sigtes., Barcelona, 1936, Labor.

(47) ARISTÓTELES, *Metaphysica*, Libro Δ , 1017, b, 20-25; Oxford University Press, 1928: "Substancia es el substrato último que ya no es predicado de nada". Ver también ARISTÓTELES, *Categoriae*, cap. 5, 2-a, 10-15.

SPINOZA, *Ética*, primera parte, definición III, pág. 4, Buenos Aires, 1940, Perlado: "Por substancia entiendo lo que es en sí y se concibe por sí; es decir, aquello cuyo concepto no necesita del concepto de otra cosa para formarse".

GIORGIO DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 368; Roma, 1936, ed. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto: "La ley de la causalidad no tiene sentido sino con respecto a los modos del ser, es decir a las modificaciones que acontecen en la realidad; supone pues una realidad existente, lo cual vale tanto como decir un substrato o una substancia que soporte y produzca las variaciones. Pero la ley de la causalidad es impotente para dar una idea, cualquiera que sea, de esa substancia, así como para explicar su origen, porque dicha ley vale sólo para explicar el paso de un estado a otro estado, de un modo de ser a otro modo de ser, y no el tránsito del no ser al ser, de la nada a algo. La ley de la causalidad sería así directamente violada y contradicha por un *feri ex nihilo*; de donde, para poder aplicarla, estamos constreñidos a integrarla, admitiendo *apriori* la existencia de una substancia eterna e indestructible".

pre; por eso es la misma en todas partes a pesar de las transmutaciones fenoménicas, que son su apariencia. Pero el presupuesto metafísico del Derecho es la libertad en cuanto espíritu, que es justamente lo contrario del ser idéntico a sí mismo porque la vida efectiva del espíritu es una perenne creación sin término ni reposo, como lo han hecho ver los filósofos idealistas. Resulta así una inadecuación de la Lógica del ser respecto del Derecho, que pasamos a destacar en general y en particular.

La Lógica del ser tiene como cópula de sus juicios el verbo *ser*; sin esta cópula no podría representar la identidad total o parcial entre el sujeto y el predicado que contiene todo juicio. Pero solamente con el verbo *deber ser* como cópula (que nada dice sobre lo que necesariamente será) podemos representar en un juicio la libertad que se efectiva en la conducta; es decir tomamos dos momentos de una conducta y afirmamos (juicio) que dado el primero *debe ser* el segundo, dejando que la libertad se abra curso a su manera para llegar del primero al segundo. Toda teoría de la conducta "exige una nueva cópula lógica... El deber ser como cópula lógica, esto es como enlace o relación entre el sujeto y el predicado de los juicios es, en el fondo, el verdadero problema de la normatividad" (48). "Mientras en la lógica del ser la relación copulativa establece una referencia y un enunciado, en la lógica del deber ser la relación copulativa establece una referencia y una imputación. La cópula lógica ha sido desarticulada en dos funciones primarias, la referencial y la enunciativa; pero esto es así en la lógica del ser; en la lógica del deber ser hay que hablar de la función referencial y de la imputativa. La cópula siempre refiere un término a otro término, pero mientras la función enunciativa significa que lo que se enuncia coincide con el objeto, la función imputativa significa que lo que se enuncia no coincide con el objeto pues se trata de un deber ser. Así el deber ser lógico se ofrece como una nueva clase de

(48) COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 2.

cópula que ha permanecido inédita hasta ahora'' (49). El deber ser como cópula lógica es simplemente imputativo; no se refiere al intrínseco valer de lo que debe ser, como si debiera ser precisamente por su valor; sino a la imputación neutra de un hecho a otro, de modo que el segundo debe ser porque es el primero. Los juicios de la Lógica del deber ser son, así, normas; y por eso las normas son meros conceptos que representan acciones (50) porque sólo de esta manera podemos representar la libertad efectiva que es siempre nada más ni nada menos que conducta.

Stammler pensó que la Lógica de la conducta era teleología y contrapuso causalidad a teleología como dos categorías supremas (51). Pero la teleología no se contrapone a la causalidad, sino al mecanismo; por el contrario la teleología se mueve dentro de la causalidad (52) y ambas son Lógica del ser. Lo comprueba la vida animal que es teleológica y que pertenece al ser. Lo importante es diferenciar debidamente entre teleología y normatividad; lo primero es una lógica finalista y lo segundo una lógica imputativa; lo primero recurre al verbo ser como cópula, en tanto que lo segundo recurre al verbo deber ser. El hecho de que la vida humana requiere la vida animal del hombre, quiere decir que la lógica normativa

(49) COSSIO, *Teoría de la Conducta*. N° 12.

(50) COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 8. Ya desde 1936 estas ideas sobre la normatividad fueron conocidas por los señores Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano, quienes, con los tres primeros capítulos a la vista (inéditos) de nuestra *Teoría de la Conducta*, las aprovecharon cordialmente en el apretado resumen contenido en su *Introducción al Derecho*, págs. 141 a 156, especialmente págs. 144 y 145. La obra de Aftalión y García Olano vio la luz en el primer semestre del año 1937, imprenta Rubino y Salvador. Desde inmediatamente después de esta publicación tuvimos oportunidad de conversar largamente sobre el tema, aunque en forma privada, en los círculos estudiosos interesados en estas cosas de Buenos Aires, Montevideo, La Plata y Tucumán.

(51) STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 73; ed. cit.; y F. RIVERA y PASTOR, *Lógica de la Libertad*, 38; Madrid, 1910, Beltrán.

(52) NATORP, *Pedagogía Social*. 55, Madrid, La Lectura; CROCE, *Filosofía della Pratica*, 220, Bari, 1923, Laterza; NICOLAI HABTMANN, *Ethics*, I, 271 y III, 73, London, 1932, Allen & Unwin; y E. GOBLOT, *La logique des jugements de valeur*, 34 y 31, Paris, 1927, Colin.

requiere una lógica teleológica cuando se trata de realizar lo que la lógica normativa representa; pero no quiere decir que con la lógica teleológica nos representamos la vida humana porque en la representación de ésta ha de estar representada la libertad metafísica. Por ejemplo, en la norma que establece la obligación de oír misa los domingos, es obvio que el hecho antecedente de ser domingo no es un medio para oír misa: hay una simple imputación entre estos dos hechos en virtud de la cual, dado el primero, *debe* ser el segundo y con lo cual queda representada una conducta en su libertad tomando sólo sus momentos inicial y terminal, sin desconocer que la libertad, para recorrer el camino que va de uno a otro momento, tenga que cursar teleológicamente puesto que se realizará en el mundo del ser a través de una vida animal.

Viendo todo esto de una manera más próxima a nuestro tema, podemos advertir ahora que si una norma jurídica está concebida dentro de la Lógica del ser, la norma jurídica aparece como una orden o voz de mando del Legislador, que *se obedece o desobedece*. Así ha sido entendida siempre la norma jurídica y con esta noción se buscaba su estructura. Solamente así, siendo semejante voz de mando, la norma jurídica era algo objetivo librado de los arbitrios individuales; con lo cual se patentiza la lógica del ser porque la norma deja de representar la conducta del individuo a ella sometido y adquiere un ser aparte y propio: es una orden, es algo que es por aparte, como una estatua o una música, y que no puede ser identificada con el ser ni el hacer del individuo que la escucha. Y el verbo deber con que la orden es expresada, ya no traduce, por consiguiente, la mera imputación neutra de dos hechos, sino la calidad axiológica de algo que es intrínsecamente valioso como la obediencia o la justicia.

La consecuencia para frustrar con esto una verdadera ciencia del Derecho, es doble: Por un lado la ciencia del Derecho trata con las normas (que son órdenes) y no con el comportamiento humano que es donde están la juridicidad y la positividad del Derecho; la ciencia del Derecho se esboza como

una sistemática de normas rígidas al margen de la vida humana — es el huero formalismo de los juristas que nada tiene que hacer con el formalismo filosófico ⁽⁵³⁾ —; cursa la falsa distinción entre ciencia del Derecho y derecho vivido como cosas de diferente contenido ⁽⁵⁴⁾; y queda en el aire el derecho vivido, pues si la ciencia del derecho positivo deja de ser su verdadera representación ¿quién se hace cargo del derecho vivido como objeto de conocimiento? ⁽⁵⁵⁾. Por otro lado, si las normas son órdenes que se obedecen o se desobedecen, es obvio que con esto el ser que se les ha dado queda transvasado a un contenido moral, porque obedecer o no es asunto exclusivamente moral; es así que aparece el fundamento de la obediencia debida como el supremo problema del derecho positivo; y unos hablan para ello de autoridad, otros de interés, otros de utilidad común, otros de solidaridad como lo ensayó Duguit a gran orquesta, etc. Pero es claro que si de esta manera

⁽⁵³⁾ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *La Plenitud del Orden jurídico*, 127, pub. cit.: “El formalismo filosófico-jurídico kelseniano no es el formalismo jurídico que le imputan sus adversarios... en cuya virtud los órganos no legisladores estarían materialmente vinculados a la ley en términos tan absolutos que ninguna libertad de movimientos estaría permitida al Juez ni a la Administración. Lo contrario es la verdad respecto de Kelsen”.

⁽⁵⁴⁾ Abordando este pseudo-problema como un problema real, naufraga GIUSEPPE CAPOGRASSI en su libro *Il Problema della Scienza del Diritto*, Roma, 1937, Foro Italiano. Este autor quiere aprehender y ver “la vida jurídica antes de que sea elaborada conceptualmente por la ciencia” (p. 37); lo que equivale a querer conocer al margen del conocimiento porque esa visión referida a un objeto, en cuanto sea tenida por verdadera, ya es ciencia, aunque se trate de una ciencia rudimentaria, enpequeñecida e ingenua.

⁽⁵⁵⁾ En esto entronca la corriente sociológica del Derecho que como Sociología jurídica no ofrece teóricamente objeción, aunque de hecho esté afectada de empirismo en sus representantes más conocidos; pero que como ciencia del Derecho va definitivamente tarada por la Lógica del ser, además de su empirismo gnoseológico de origen. El fracaso de la Jurisprudencia sociológica ha sido general porque la validez normativa — que es un deber ser lógico — no emana de los hechos sociales en cuanto simples hechos. La Jurisprudencia sociológica ha servido de experiencia para poner al descubierto este hiato entre ser y deber ser, que quedaba disimulado en la Dogmática tradicional porque ésta infiltraba a escondidas un deber ser axiológico en la Lógica del ser, como se analiza en el texto denunciando semejante imposible compromiso.

se hace de la positividad jurídica un problema moral, se falsifica el sentido originario de la ciencia jurídica positiva, la que, para ser ciencia, tiene que estar precisamente neutral en el problema axiológico. Y es de esta manera que todo el esfuerzo científico se desnaturalizó infiltrándose de política (axiología), como Kelsen lo ha hecho notar con implacable rigor.

Si hay de por medio un valor — cosa que estudiaremos en nuestro tercer tópico —, la ciencia positiva ha de representárselo en su verdad, es decir tal como positivamente es, pero no como fundamento de la positividad del Derecho; lo primero es una actitud neutral (verdad), mientras que lo segundo es una actitud estimativa (axiología), siendo evidente que el científico ha de tomar la primera si quiere simplemente representarse el derecho positivo. Es el súbdito sometido al Derecho y no el científico, quien está en actitud estimativa respecto del valor que es objeto de la representación científica. Ahora bien, la actitud neutral (científica) sólo cabe dentro de la Lógica del deber ser cuando el objeto representado es precisamente un valor; con la Lógica del ser se cae, sin quererlo pero necesariamente, en la actitud estimativa porque para aludir con esta Lógica a un deber ser — ya que no para representárselo adecuadamente — hay que darle como materia del concepto un deber ser axiológico.

El análisis de un simple ejemplo evidenciará todos estos desarrollos: Si se dice que *el derecho (la norma jurídica) debe ser porque es la solidaridad*, se toma, sin duda, la solidaridad en su carácter de hecho positivo valioso, pero entonces la norma aparece como esa orden que hemos criticado, cuya positividad se resuelve en el problema moral de obedecerla o no. Pero si se quiere mantener este nexo entre solidaridad y norma jurídica, advirtiendo ahora que la norma es el hecho positivo para la Dogmática, el nexo se expresa al revés: *la solidaridad debe ser porque es la norma jurídica*, donde la solidaridad ya no está tomada como hecho sino como valor ideal. Con ambas fórmulas, pues, se cae en la axiología por uno u otro de sus tér-

minos. Ambas fórmulas son idénticas en lo que concierne al nexo entre solidaridad y norma jurídica que ambas mantienen; y es precisamente esta identidad la que permite hacer bi-valentes (como hecho y como valor) a los conceptos de norma jurídica positiva y de solidaridad, dando al traste con toda teorización científica al pasar del hecho al valor o vice-versa, con la ilusión de que el pensamiento se refiere a una misma cosa; pues es de advertir que para reconocer en la norma jurídica un deber ser, dentro de esta estructura de la Lógica del ser no caben, en nuestro ejemplo, sino las dos fórmulas arriba esquematizadas: o la norma jurídica positiva es un orden, en cuyo caso no cabe una ciencia sobre ella porque su positividad es moral; o la solidaridad es la idea (valor) de la norma jurídica, en cuyo caso aquella no puede fundar una ciencia positiva del derecho.

La actitud neutral que corresponde a la verdadera ciencia se esbozaría tomando a la norma y a la solidaridad como hechos. Entonces habría que decir: *la norma jurídica es porque es la solidaridad*, o vice-versa, con lo cual se quiere decir que la norma jurídica es solidaridad. En esto hay el error, como veremos más adelante, de restringir la valoración jurídica a la solidaridad; se podría haber dicho también que la norma jurídica es orden o es justicia. Pero salvando este error, la postura es correcta y neutral: se acota un hecho positivo que es valioso pero cuyo valor no decide en la teorización científica porque no es el contenido de la afirmación, aunque vaya contenido en ella. Sólo que con esto la norma jurídica no aparece como un deber ser, cual corresponde al carácter valioso del hecho que ella representa. Y aquí se advierte entonces que en este hecho ha de desentrañarse la estructura lógica (y por lo tanto neutra) que permita pensarlo científicamente; y que esa estructura no está dada por la Lógica del ser porque ésta sólo con contenidos estimativos puede aludir al deber ser. El único camino que queda es que exista una Lógica del deber ser que trate con un deber ser lógico tan neutro a los contenidos estimativos, como el ser lógico lo es

respecto de los contenidos de la Naturaleza sobre cuya existencia nada presupone y en nada se pronuncia. O dicho con otras palabras, así como la ciencia de la Naturaleza, que investiga la realidad de ciertos hechos, usa una Lógica neutra respecto de la existencia que se investiga, así también el Derecho requiere una Lógica neutra respecto de lo que él investiga, que son valoraciones existentes o hechos valiosos. Y supera la dificultad solo una Lógica del deber ser que sea respecto del hecho valioso lo que es la Lógica del ser respecto del hecho físico. Acabamos de ver, en efecto, que la Lógica del ser no puede reunir en una misma proposición, a una norma entendida como dato jurídico y a un valor (cual la solidaridad) entendido como hecho; uno u otro pierden fatalmente su calidad de hechos y quedan como valores. Y como la ciencia del Derecho es una ciencia de experiencia, no puede constituirse como ciencia sobre esa base; para ello requiere captar los hechos para quedarse en los hechos, aunque estos hechos sean hechos valiosos.

El descubrimiento de la Lógica jurídica es el mérito sin par de Kelsen. Kelsen descubre la Lógica jurídica con una amplitud comparable a la de Aristóteles para la Lógica del ser; apenas si pueden recordarse los nombres de Laband y Jellinek, entre pocos otros, como antecedentes fracasados de la petición de un método jurídico que resolviera los problemas del Derecho en puros términos jurídicos. Para la Teoría pura del Derecho, según nosotros la interpretamos, la norma jurídica simplemente representa conceptualmente una acción humana en su verdadera esencia, esto es en su libertad y en su facticidad. Por ejemplo, no es exacto que el Estado ordene no matar y, en su defecto, encarcelar a quien mata. La norma no contiene mando ninguno; la norma simplemente dice que dado el hecho de no matar debe ser el hecho de la libertad civil de una persona, y que dado el hecho de matar debe ser el hecho de su encarcelación. Pero el objeto así representado es la conducta humana. La norma en cuanto objeto es un concepto, es decir un objeto lógico y no un ob-

jeto real; el objeto real representado intelectualmente por ese concepto es cierta conducta humana. Y en esto no hay ninguna diferencia de situación con el concepto "mamífero", que es un objeto lógico para la Lógica del ser, pero que es una representación intelectual para el naturalista que, por su intermedio, trata con su contenido objetivo y con la realidad animal así calificada.

Aunque en forma más concreta y efectiva hemos de volver más adelante sobre este tópico de que las normas jurídicas no contienen mandato de ninguna especie, la gravitación de esta errada concepción es tan general en la ciencia del Derecho que desde ya se nos impone examinar más de cerca el problema, aunque sin rebasar los elementos de juicio que hemos alcanzado hasta ahora. La orden es un acto social, y por lo tanto real, que alguien emite para insertar su sentido de mando en la vida anímica de otro, aunque éste no cumpla lo ordenado ⁽⁵⁶⁾; la existencia de la orden no depende

(56) ADOLFO REINACH, *Los Fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, Barcelona, 1934, Bosch, p. 49: "Todos ellos son actos sociales que, en la ejecución misma, se emiten por el que los ejecuta a otro para insertárselos en su vida anímica". Pág. 48: "La orden se da en dirección al otro, se manifiesta, penetra en el otro y le es esencial la tendencia de ser percibida por otro". Pág. 171: "La confusión más frecuente y funesta nos parece existir entre orden y determinación (norma). Parece a primera vista completamente evidente que las proposiciones del derecho son normas que dicta el legislador; y que dictar normas significa dar órdenes, mandamientos y prohibiciones que se dirigen a los sujetos de la comunidad jurídica o también a los órganos ejecutivos. Ya no requiere mayor desarrollo lo injustificado de adoptar semejante postura alejada de la realidad. En verdad las determinaciones (normas) de ningún modo son órdenes".

Reinach considera que el vocablo "norma" es equívoco y usa el vocablo "determinación", JUAN LLAMBIAS DE AZEVEDO, en *Eidética y Aporética del Derecho*, (La Plata, 1940, Espasa-Colpe), dice "disposición". Nosotros preferimos el viejo vocablo "norma" en el sentido lógico absolutamente inequívoco de Kelsen.

Agregaremos que nuestra disidencia con Reinach y sus seguidores, consiste en que para Reinach la "determinación" es también un acto social y requiere una persona que la perciba, aunque quede concluida como acto sin presuponer otra persona que ejecute lo dispuesto. Para nosotros en cambio la norma es un concepto representativo de cierta conducta, pero ella no es un acto social integrante de ninguna realidad; por eso apoya fuertemente nuestra tesis la objeción de Binder contra Rei-

de su cumplimiento, pero sí depende tanto de quien la emite como de la existencia de alguien que perciba su sentido; sin esto último no hay orden ninguna y por eso Robinson Crusoe no hubiera podido dar órdenes. Una orden, pues, no está completa sin el sujeto que la recibe y ella es una específica conexión psíquica de sentido entre dos individuos. Ahora bien, una norma jurídica, por ejemplo una ley, en cuanto acto del Poder legislativo, está completa después de su sanción y promulgación; y sin acudir al fácil expediente de las ficciones con el que los juristas acostumbran cerrar los ojos a las dificultades científicas, no se concibe que la ley sea una orden cuando se refiere a las generaciones futuras, a las personas por nacer, etc. o cuando se estatuye la invalidez de la ignorancia del Derecho, caso éste que por su magnitud e importancia no puede ser esquivado en el análisis de este punto, tanto en lo que jaquea sin remedio la opinión tradicional, cuanto en lo que contradice la tesis de Reinach en aquel punto en que nosotros también la objetamos: que la norma sea un objeto real (acto social) y no un objeto lógico (concepto) (Ver nota 56). Como no queremos que en esta cuestión se incurra en desorientación o equívoco por la fuerza de una paradoja, séanos permitido insistir un poco. Siendo la orden esa relación real de conducta en que un sentido de mando parte de una conciencia para insertarse en otra conciencia y provocar en ésta un comportamiento lleno de ese sentido, es claro que ese hecho, en cuanto conducta jurídica, puede ser representado normativamente; tal, por ejemplo, en la relación de dependencia jerárquica entre dos funcionarios o dos militares

nach cuando hace ver cuan inexacto es decir que las "determinaciones" no tengan referencia alguna a la conducta humana, utilizando los propios ejemplos con los que Reinach cree mostrar la verdad de su aserto (Ver REINACH, ob. cit., 172, nota del traductor).

La diferencia entre Reinach y nosotros consiste en que para Reinach la norma es un objeto real (acto social), mientras que para nosotros es un objeto lógico (concepto); y la necesaria referencia a la conducta humana que contiene, no es una referencia de cumplimiento en y por la conducta, sino una referencia de representación de ésta.

en que la orden en tanto conducta cubre la norma jurídica secundaria de la situación jurídico-normativa. Pero no es ésta la situación de la ley, no sólo porque la ley estructuralmente es la disyunción normativa primaria y secundaria, sino también porque la ley no representa ninguna interferencia de conducta entre el Legislador y el súbdito (una de las cuales podría ser acaso la orden, como sucede en la dependencia jerárquica, si el Legislador fuera un ser real y no la personificación de un momento jurídico); la ley representa únicamente la interferencia de conducta de los súbditos. El Legislador en cuanto tal no está representado en la ley como un contenido de ella, porque él es su momento constitutivo previo; por eso el Legislador es “soberano” respecto de la ley, mientras legisla. La ley entendida como una orden del Legislador, reposa en un ingenuo razonamiento por analogía que carece por completo de fundamento científico: la orden vincula realmente al mandante y al mandatario, en tanto que la ley no contiene la representación de una vinculación semejante del Legislador y el súbdito.

Las dificultades tradicionales que se derivan de entender la ley como una orden, son innumerables y conocidas, como aquella de la clasificación de las normas jurídicas en preceptivas, prohibitivas y permisivas, reducida ya por la crítica a un simple juego de palabras ⁽⁵⁷⁾. Pero más importante que todo esto en contra de la opinión tradicional, es comprender que la propia estructura de la norma jurídica destruye sin réplica la idea de que ella sea una orden o mando; pues si admitimos que la ley manda no matar, hay que admitir también que ella faculta matar e ir a la cárcel, siendo imposible de concebir que ella ordene lo contrario de aquello que autoriza por otro lado. Esto vale tanto como decir que los mamíferos son vertebrados con mamas excepto una especie que no las tiene, porque si la ley es una orden hay que conferir

⁽⁵⁷⁾ *GIORGIO DEL VECCHIO, Lezioni di Filosofia del Diritto*, 218, ed. cit., argumenta en forma concluyente.

un tipo de realidad semejante (autorización o facultad) a la licitud de estar en la cárcel por homicidio. Pero este punto no puede ser bien comprendido sin analizar previamente la estructura disyuntiva de la norma jurídica, que estudiaremos más adelante. Por ahora basta con insistir en que no cabe una ciencia sobre órdenes, dado el substrato moral (la obediencia) que éstas presuponen para que lo ordenado se realice. La ciencia del Derecho, en tanto ciencia de experiencia, se ha de constituir sobre la propia experiencia jurídica y no sobre ninguna ciencia moral.

Ahora bien, si las normas jurídicas son conceptos, resulta que la ciencia del Derecho positivo no trata con las normas jurídicas en tanto normas jurídicas; sólo la Lógica jurídica trata con ellas en ese sentido porque los conceptos son objetos para la Lógica únicamente. La ciencia del Derecho positivo trata con el derecho vivido, que es el único derecho real y existente; sólo que para tratarlo científicamente ha de teorizarlo con la lógica que le es propia. Es un error creer que la ciencia del Derecho es sinónimo de Lógica jurídica (58). Pero no es menos errado creer que se puede hacer ciencia del Derecho con una lógica diferente de la Lógica jurídica.

(58) De todas las desinterpretaciones que se ha cometido con la Teoría pura del Derecho, ésta es la más frecuente; es el logicismo combatido por Heller, que con nuestra interpretación de Kelsen queda fuera de lugar porque toda lógica que quiera ser tal, tiene que ser formal. La interpretación de Kelsen como mera Lógica jurídica, que siempre hemos sostenido, está subrayada por nosotros en el Prólogo que hemos escrito para *La Teoría pura del Derecho* (edición de la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1941, Losada, en prensa), en los siguientes términos: "No nos parece que con el presente libro queda en sus anteriores términos la cuestión filosófica de si la Teoría pura del Derecho identifica la Lógica jurídica con la Ciencia jurídica o de si acaso reduce la Lógica jurídica a su limitado papel de Lógica, con la posibilidad de coordinarla a una ciencia empírica del Derecho, a una axiología jurídica y aún a una ontología jurídica... El hecho de que en este libro quede, en algún modo, un lugar sistemático para aquellos temas, realza la significación de esta obra como un pensamiento que, con su posibilidad de integrarse, llega a plenitud". Y sobre este prólogo, Kelsen nos ha manifestado lo siguiente, en carta fechada en Ginebra el 5 de Abril de 1940: "Sin reservas doy mi consentimiento para la publicación del prefacio cuyo texto Ud. se ha

ca o sin ninguna lógica, pues si bien la verdad ha de verificarse intuitivamente, la intuición no es transmisible y está confinada a la propia conciencia; de ahí la necesidad del concepto — y por lo tanto de la Lógica — para la ciencia porque el concepto es transmisible y comunicable; y sin esta comunicabilidad no hay ciencia porque no habría saber objetivo. Así, pues, sólo la Lógica jurídica trata con las normas jurídicas en tanto normas, pues el jurista, con las normas, se refiere a la realidad que éstas representan, es decir a la realidad de conducta aludida por aquéllas. En este sentido la teoría kelseniana es una irremediable notificación a los juristas de que todas las teorías jurídicas precedentes carecen de cientificidad, quedando sólo como tanteos y errores en la formación histórica de una ciencia del Derecho que sea propiamente tal. Por esto es que la Teoría pura del Derecho ha herido sin distinción a los juristas; no por las ideas democráticas de su autor defendidas respecto de otros problemas y que no vienen al caso. Los juristas han quedado, de hecho, divididos por la Teoría pura del Derecho, sin la posibilidad de permanecer ajenos a su trayectoria: o en pro o en contra, se sepa o se ignore esta circunstancia. Y de hoy en adelante ya se sabe que quien quiera hacer ciencia efectiva del Derecho, no tiene más remedio que moverse dentro del kelsenismo como el pensamiento de los físicos se mueve dentro de la Lógica aristotélica, así ésta esté remozada.

No queremos decir, lo repetimos, que la ciencia del Derecho positivo sea simple Lógica jurídica; por el contrario la ciencia del Derecho es una ciencia de experiencia y, por

servido remitirme. Lo encuentro excelente y le agradezco mucho este servicio. No tengo nada que agregarle”.

Sobre las desinterpretaciones en sentido historicista o empirista que ha sufrido la Teoría pura del Derecho, no es necesario hacer referencias en este lugar, porque son conocidas y han sido suficientemente esclarecidas. Sólo recordaré la interpretación empirista de la teoría de la norma fundamental que, en nuestro idioma, ha dado LUIS RECASENS SICHES en su Prólogo al *Compendio de Teoría general del Estado* (Barcelona, 1934, Bosch) y que nosotros hemos refutado en *El Concepto puro de Revolución*, Apéndice II, Barcelona, 1936, Bosch.

lo tanto, ha de verificarse y comprobarse en el derecho vivo, porque es a esta realidad que dicha ciencia se dirige. Sólo queremos decir que las teorías jurídicas que aspiran a dar cuenta de esta realidad jurídica, han de estructurarse en su forma con la estructura conceptual que da la Lógica jurídica.

Tampoco vaya a creerse que la Lógica jurídica está ya concluida en la obra de Kelsen, de modo que no hay más que ir allí a buscarla con vistas a su utilización científica. Por el contrario está en formación en parte todavía inédita y en parte como rectificación a Kelsen; aunque haya que rectificarlo dentro del kelsenismo. Lo que queremos decir es que se ha de trabajar científicamente en la teorización del derecho positivo con las estructuras de la Lógica del deber ser que descubre la Teoría pura del Derecho y de las cuales la propia Teoría nos da no sólo una visión general irreprochable, sino también numerosos ejemplos particulares definitivos, como el análisis genial y perfecto de la persona en cuanto sujeto del Derecho, que ha venido a aventar para siempre todas aquellas teorías sobre las personas de existencia ideal que se concibieron con la Lógica del ser.

El problema de la Lógica jurídica consiste, hoy en día, en resolver en estructuras de deber ser lógico todas aquellas proposiciones apodicticas que la Dogmática no pudo menos que encontrar en su camino como sus propios presupuestos. Y un ejemplo perfecto de esto es el caso de la persona en tanto sujeto del Derecho que acabamos de recordar. Por lo demás, con las precedentes páginas creemos haber destacado perfectamente la autonomía del problema lógico-jurídico, así como haber dado los elementos de juicio suficientes para la comprensión de su sentido y significación. Este era nuestro propósito; no cabía, por lo tanto, desarrollar en particular ningún tópico de lógica jurídica, ni siquiera por vía de ejemplo, pues para ello la literatura kelseniana ofrece fácil y accesible campo. Pero la significación general que hemos destacado, será suficiente criterio de apreciación cuando en los próximos capítulos volvamos más de cerca sobre estos temas.

Con esto llegamos al tercer estrato constitutivo de la ciencia del Derecho, también de recentísimo planteamiento por obra de la filosofía de los Valores; reciente hasta el extremo de que el tema en materia propiamente jurídica sólo ha sido ligeramente rozado y acaso sean estas líneas su investigación más extensa. Nos referimos a la Estimativa jurídica. Y aun lo nuestro va a estar circunscripto, en más de un respecto, por el tema de la interpretación judicial que guía este trabajo.

Si la ciencia del Derecho positivo es una ciencia de experiencia, es decir busca la verdad de esta experiencia jurídica y verifica y comprueba sus teorizaciones en la misma experiencia que así concibe, es claro que el interés de dicha ciencia recae en los datos que suministra aquella experiencia y no en las estructuras lógicas con que los sistematiza, por mucho que semejantes estructuras sean necesarias para aquel trabajo y por mucho que no se pueda dar un paso rigurosamente científico al margen de tales estructuras. Aquella dirección del interés científico no pasó inadvertida a la Dogmática, desde Savigny en adelante; y por eso la Dogmática trabajó sobre los datos de la experiencia jurídica, a pesar de que le era patente la oposición entre estructura lógica y contenido empírico, entre razón y hecho, a diferencia de la Escuela exegética que supone una lógica psicologista y no una lógica pura, como hemos visto.

Pero ocurrió que, precisamente en el momento en que la Dogmática se constituye definitivamente con Jhering, el clima filosófico de Occidente está constituido por el positivismo. A esta luz se entiende que toda la experiencia es una experiencia natural; late por todas partes un monismo naturalista que no quiere ver diferencias de calidad entre los fenómenos, sino simples diferencias de grado que permiten explicar los fenómenos más complejos por los más simples. La experiencia jurídica también es experiencia natural, según la creencia dominante; y el Derecho es un hecho más en la Naturaleza.

Con esta concepción metafísica en cuya virtud el hombre — y con él todo lo específicamente humano — no era nada más que el último eslabón de la escala zoológica, los datos de la experiencia jurídica habrían de aparecer también como un conglomerado de datos substancialmente uniformes entre sí; todo lo que como experiencia jurídica quedaba contenido en los esquemas conceptuales del jurista, era de una misma naturaleza y calidad. Y como en este contenido lo primero que resalta es su contingencia histórica — pues así como una norma dispone algo, pudo haber dispuesto otra cosa —, la experiencia jurídica fué entendida de modo contingente, haciéndosela sinónimo de contingente, en oposición a lo necesario de sus estructuras lógicas, tal como era corriente hacer en otros dominios del conocimiento. Ni el propio Stammler escapó a esta identificación entre lo material, empírico y contingente y entre lo formal, racional y necesario en el Derecho.

Pero hoy en día, superado el positivismo, con el movimiento de la filosofía de la Cultura que culmina con Rickert, Dilthey y Scheler y con la metafísica existencial de Heidegger que da el viraje de máxima significación, es una verdad de orden común que la experiencia jurídica, por ser precisamente experiencia humana, no es una experiencia natural, es decir neutra al valor, sino una experiencia estimativa, valiosa. Con esto se plantea la cuestión de saber si las identificaciones entre empírico y contingente por un lado, y racional y necesario por otro, válidas en el dominio de la Naturaleza según la fundamentación de Kant, son también válidas en el dominio del Espíritu; o si acaso procede encaminarse hacia su revisión.

Corresponde, pues, aclarar qué queremos decir cuando afirmamos que la experiencia jurídica es una experiencia estimativa.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LA VALORACIÓN JURÍDICA

Consideremos una ley positiva cualquiera, por ejemplo la que en los artículos 128 y 129 del Código Civil argentino fija en 22 años la mayoría de edad de las personas de existencia visible. Semejante mayoría de edad es un dato de la experiencia jurídica argentina y lo primero que corresponde destacar es que este dato no es un dato de la Naturaleza externa o experiencia física, porque en ésta no hay ninguna cosa que corresponda a eso que llamamos "mayoría de edad". Las cosas de la Naturaleza externa tienen formas espaciales, están concatenadas en rigurosa causalidad y *son sin sentido*, neutras: son tal como podemos percibirlas porque su ser consiste en revelarse a la visión intelectual del hombre ⁽⁵⁹⁾. La mayoría de edad carece de formas espaciales, es extraña a toda descomposición en un sistema de nexos causales y es algo *por su sentido*, pues ella es justamente una significación; ella se refiere a una realidad humana, pero precisamente a lo que no es Naturaleza en el hombre ⁽⁶⁰⁾. Es claro que el dato jurídico que estamos examinando alude a ciertas realidades físicas (al ser biológico que llamamos hombre, a su normalidad psicológica y al fenómeno astronómico de la translación de la Tierra al rededor del sol que llamamos año escolar); pero estas realidades de la Naturaleza sólo son los instrumentos para

⁽⁵⁹⁾ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 8 y 11, ed. cit.: "La naturaleza no es otra cosa que lo dado depurado de valoraciones que lo falseaban". "El derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor".

HEIDEGGER, *Ce qui fait l'être-essentiel d'un fondement ou raison*, 55; Paris, 1938, Gallimard: "Es así por ejemplo que la verdad de las cosas subsistentes (v. g. las cosas materiales) se distingue específicamente como realidad -puesta al descubierta, de la vida de este ente existente que somos nosotros mismos, a saber de la modalidad revelada y revelante de la realidad humana que es existencia".

⁽⁶⁰⁾ LUIS RECASÉN SICHES, en el cap. I de su *Vida humana, Sociedad y Derecho* (México, 1939, La Casa de España) tiene páginas de alto valor sobre el punto.

montar una significación que llamamos “mayoría de edad”, siendo esta significación la cosa jurídica que, en cuanto dato de una experiencia típica, ha de ser motivo de representación en su conocimiento científico.

Analizando el dato jurídico en cuestión a través de la disposición legal citada, encontramos en él los siguientes elementos que, en su conjunción, hacen el dato tal como se entrega a la ciencia :

1º) Una estructura normativa en cuanto estructura de conocimiento intelectual. Pues lo que expresan los artículos citados del Código Civil debe formularse así: Dado el hecho antecedente de tener 22 años etc., debe ser el hecho consecuente de la habilidad para “todos los actos de la vida civil, sin depender de personalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces”. (En el “etc.” incluimos los otros hechos integrantes del hecho antecedente que están simplemente sobreentendidos, por ejemplo la calidad humana y el psiquismo normal). Esta estructura normativa no sirve para representar una orden ni menos para enunciarla; representa sólo cierta efectiva conducta humana (la conducta del mayor de edad en su hacer y la conducta correlativa de los demás en su no impedir); y para representarla imputa una consecuencia a un antecedente, porque como la conducta es libertad, esta libertad sólo puede ser representada conceptualmente con la cópula “debe ser”, según enseña la Lógica del deber ser.

No vamos a detenernos en mostrar cómo esta estructura lógica incluye, por dentro y por fuera de ella, otras estructuras subordinadas o supraordinadas (tales el sujeto del Derecho, la norma primaria, la norma secundaria, el Juez, etc. o tales la plenitud hermética del orden jurídico, la norma fundamental, etc.); pues para los fines de esta investigación no interesa hacer ver que una norma jurídica cualquiera, en cuanto estructura lógica, está engarzada en un mundo lógico específico más vasto, cuya peculiar logicidad gobierna los predicamentos de todos los juicios que el conocimiento pueda emi-

tir en ese campo. Tampoco insistiremos en que sólo desde este enfoque lógico cabe una ciencia del Derecho positivo, porque "el ser ciencia" incluye ya la estructura lógica y, en verdad, su propia estructura y no otra cualquiera. Es obvio que la ciencia, por su sentido, ha de estar en actitud neutral respecto de sus objetos, aunque estos objetos sean objetos valiosos; y esta actitud se consigue únicamente si las normas son, para la ciencia, representaciones neutras de una conducta efectiva (es decir, meras estructuras imputativas de dos hechos) aunque la conducta de por sí sea algo valioso; pues si las normas fueran órdenes o mandatos que hubiera que obedecer, serían valores de conducta aptos para apreciar la conducta y dirigidos a la conducta de cuya representación se trataba, pero diferentes de ella: una cosa es que la conducta sea un objeto valioso y que de ella, con tal calidad, tengamos una representación neutral; y otra cosa es que manejemos objetos valiosos dirigidos a la conducta para inyectarse en ella, y aun para transformarla, pero que no la representan como dato, con y sin la deseada transformación que sólo es una transformación moralmente deseada. Así, por cierto, no habría ciencia del Derecho positivo, sino axiología (política); no habría representación de hechos positiva o negativamente valiosos, sino representación de deberes positivamente morales; en resumen, no habría una ciencia positiva, sino un decálogo de moral positiva que vanamente aspiraría a ser calificado de ciencia moral ⁽⁶¹⁾. Por este error es que las doctrinas jurídicas tradicionales no han acertado a concebir la sanción jurídica como perteneciendo esencialmente al Derecho, en aquella esfera en que la sanción puede aparecer.

Dejando de lado, pues, todas estas cosas que no están en nuestro inmediato interés, corresponde destacar, en cambio, que la estructura lógico-imputativa de la norma que nos sir-

(61) Sobre la imposibilidad de una ciencia de la moral, además de nuestra *Teoría de la Conducta*, ver CARLOS COSSIO, *La Normativité d'après l'analyse de la conduite juridique*, en "Revue Internationale de la Théorie du Droit", año 1937, tomo XI, p. 187.

ve de ejemplo para nuestro análisis, se presenta con estos dos caracteres: es una forma de apodictica necesidad. Es una forma porque configura un contenido: la estructura normativa se mantiene la misma para todos los contenidos y ella simplemente coloca en relación imputativa a los elementos que contiene. Y es necesaria porque la ciencia del Derecho no puede concebir el Derecho de otra manera que la normativa, ya que la normatividad es su punto de vista propio, es decir su fundamento constitutivo; una representación del Derecho que no sea como norma, es un pensamiento tan contradictorio para la ciencia del Derecho como la representación de un animal para la Biología que no fuera como un ser vivo.

Agregaremos acá que esta forma necesaria es de carácter lógico, es decir que es una forma de conocimiento y, por lo tanto, ella es neutra o adiafóra respecto de los contenidos; de modo que no se ha de entender la relación forma-materia que ella impone respecto de su contenido, en el sentido que va de un género a su especie, pensando que todo objeto genérico es forma para su especie y, a su vez, es materia para un género más amplio. Este argumento, cuya falacia denunciáramos, quiere relativizar los conceptos formales puros y en él se basan muchas infundadas objeciones que se esgrimen contra la concepción crítica del Derecho. La relación forma-materia ha de ser entendida más vale como la forma esférica respecto de la materia marfilina de una bola de billar, es decir como la estructura y lo estructurado, que son cosas heterogéneas entre sí y no cosas homogéneas en algún grado, como es el caso de un género y una especie del mismo. Sólo así, con la estructura de que hablamos, nos referimos a una forma de conocimiento y no a una forma conocida, que también es materia de conocimiento y, por lo tanto, contingente. En esta segunda acepción la palabra forma toma al objeto conocido en sus determinaciones o particularizaciones, mientras que con la primera acepción se lo toma en su constitución como objeto, porque el objeto conocido (en nuestro caso el derecho positivo) no es para el jurista una cosa en sí con sus determinaciones

ignoradas pero concluído en su constitución, sino al revés, se constituye como cosa en la medida en que lo conoce en sus determinaciones; lo que quiere decir que estas determinaciones (formas) se han de estructurar según un punto de vista (forma constitutiva); por eso conocerlo es algo más que tomar nota de sus determinaciones o particularizaciones. Conocer el Derecho es hacerlo objeto porque el Derecho, como los demás objetos, sólo es objeto en el conocimiento, ya que la ciencia no puede colocarse fuera de éste. Y en este sentido cuando hemos dicho que conocer el Derecho es hacerlo objeto, queremos decir que las determinaciones y particularizaciones de que toma nota el conocimiento, han de quedar centradas y referidas a una unidad objetal; unidad que no es un dato más entre aquellas determinaciones y sin la cual las determinaciones no serían determinaciones de un objeto, sino determinaciones dispersas e inconexas.

2º) En segundo lugar, el dato jurídico de nuestro ejemplo nos ofrece una materia que tiene la doble característica de ser un contenido contingente en aquella estructura normativa. Así la norma alude a todos los seres humanos como sujetos del Derecho, en lugar de referirse solamente a algunos como ocurría en las instituciones de la esclavitud, la muerte civil, etc. (62); así se escoge la cuantificación 22, en vez de 21 ó 23 u otra cualquiera; así se toma el año solar en vez de otra unidad de medida del tiempo o de no tomarlo por unidades, como ocurría en el derecho romano que se refería a la muerte del pater-familia; así se considera la auto-determinación del individuo en lo que efectivamente quiera de hecho dentro de los esquemas jurídicos de la vida civil.

Todas estas cosas están estructuradas normativamente, pero ellas sólo son contenidos de aquella estructura en la mis-

(62) Para la muerte civil, ver LADISLAO THOT, *Historia de las antiguas instituciones de Derecho penal*, 382; La Plata, 1940, Universidad Nacional. En el mismo libro, p. 357, sobre las discusiones en torno a la personalidad humana de la mujer y su repercusión sobre su calidad de sujeto del Derecho.

ma medida en que la estructura es la forma que las configura como norma; es decir que todas estas cosas integran una norma porque están estructuradas con semejante forma, siendo esta forma la que entonces las juridiza y las constituye en objeto jurídico: notoriamente "22 años", por ejemplo, es un concepto ajeno al Derecho; y unicamente tiene relevancia jurídica cuando está estructurado en y por una norma.

Además todas estas cosas son contingentes, pues así como son de la manera que son en nuestro dato, así también pueden ser de otra manera: el dato en efecto puede tener otras determinaciones. Es claro que en realidad ellas sólo son tal como las presenta el dato y no de otra manera; pero este su ser efectivo con sus determinaciones reales tiene la simple fuerza de un hecho: del hecho legislativo del Congreso argentino cuando éste se representa la específica conducta jurídicamente relevante: es un simple hecho el que, en la Argentina, la mayoría de edad se alcanza a los 22 años; esto no es ninguna necesidad gnoseológica ni ontológica.

En este punto volvemos a encontrar la tesis tradicional de que las leyes y el derecho positivo son órdenes o mandatos del Legislador; y en verdad encontramos a esta tesis en el punto en que su argumentación alcanza mayor vigor, pues, a primera vista parece innegable que la situación señalada quiere decir lo siguiente: Si la determinación contingente "22 años" está en la norma y a ésta la crea el Congreso, parecería que la determinación "22 años" existe en nuestra derecho porque la norma lo dice y, al decirlo, la ocasiona, como si la norma fuera causa de esa determinación y no de otra; lo cual sería efectivamente así si la norma fuera una orden o mando porque sin esta calidad no se comprende que el mero decir de la norma tenga ninguna virtud operante. Las normas que formula el Congreso son, pues, órdenes que emite este órgano del Estado.

Pero un análisis más atento revela que la situación es otra. Todo el argumento reposa en el divorcio entre norma como cosa independiente y conducta, olvidándose de que el derecho

positivo es conducta efectiva de los hombres. El Legislador no crea, ni puede hacerlo, la conducta de los seres humanos porque ésta se crea por los propios individuos en la autonomía de su propia vida ⁽⁶³⁾; si las determinaciones normativas contingentes que crea el Legislador fueran el Derecho positivo, siendo éste conducta, bastaría la prohibición del homicidio para que no se cometiera ningún homicidio; o bastaría consignar la obligación del inquilino de pagar su arriendo, para que no hubiera inquilinos morosos. Pero salta con fuerza innegable lo errado de esta conclusión, la cual muestra que la tesis de que la norma jurídica es una orden puede sostenerse sólo bajo el supuesto de una orden absolutamente eficaz, tal como, con mucha consecuencia, las doctrinas teológicas sostienen que las leyes naturales son mandatos de Dios. Pero la verdad es que cuando el Legislador formula una norma jurídica, sólo piensa una cierta conducta con una representación conceptual y que el Estado, que es una organización de Poder, puede hacer verdadera su representación; es decir puede hacer que la conducta jurídica esté representada por su concepto y no por otro; puede hacer, por ejemplo, que quien comete homicidio vaya a la cárcel y quien no lo comete quede en libertad; pero no puede hacer que los individuos cometan o dejen de cometer homicidios. Esto último sería una orden, en tanto que lo primero sólo es la correspondencia entre un concepto y el objeto representado, correspondencia neutra e intelectual en que consiste la verdad. Y este transporte del problema al dominio intelectual, sacándolo de la esfera moral en que lo confina la tesis tradicional, es decisivo para la posibilidad de una ciencia del Derecho positivo como se comprende fácilmente por los propios términos de esta enunciación.

(63) CROCE ha visto de modo insuperable esta cuestión: "Pero la pena encuentra frente a sí, la libertad del individuo: Para evitar la pena éste podrá, libremente, observar la ley; pero esto no impide que pueda también libremente rebelarse" (*Filosofia della Pratica*, 311, ed. cit.). También en CROCE. *Riduzione della Filosofia del Diritto*, cap. 1, N° 6; Napoli, 1926, Ricciardi.

No podemos detenernos acá en el aspecto sociológico de este problema, en particular sobre nuestra alusión al Estado como organización de Poder. A los fines de la Jurisprudencia nos bastará anticipar que en la valoración jurídica encontraremos el valor Poder; y será suficiente recordar que el poder del Estado no es causa única para hacer verdaderos a los conceptos normativos en el sentido indicado; por el contrario el poder del Estado co-actúa en un complejo sociológico de causas, lo que es un fenómeno bien conocido que se pone de relieve cuando se sancionan leyes que carecen de toda realidad positiva. Por lo demás la posibilidad de hacer verdadero a un concepto, como ocurre con los conceptos normativos, es algo que sólo cabe en una experiencia variable que se crea constantemente, carácter que ya hemos destacado para la experiencia jurídica a propósito de la observación que al respecto hizo von Kirchmann, y sobre lo cual hemos de volver extensamente más adelante; semejante posibilidad no cabe en la experiencia natural, que está creada y totalmente dada. Pero el punto es decisivo para comprender dónde se esconde la ilusión de la tesis tradicional de que las normas son órdenes o mandatos, pues si esta tesis toma la representación intelectual de la conducta por causa de la conducta, se debe a la posibilidad de hacer verdadero a un concepto normativo, creyéndose que es lo mismo hacerlo verdadero que obedecerlo. Pero es un grave error creer que es lo mismo un acto de mera trascendencia intelectual y una realidad moral, error tan grave que basta él sólo para comprometer la existencia de la ciencia del Derecho positivo: mientras que con la verdad de los conceptos normativos únicamente nos representamos una realidad de conducta, con la obediencia de las normas superponemos a ésta una realidad moral imaginaria que constantemente discrepa con aquélla según se verifica en la experiencia, siendo semejante discrepancia el hecho decisivo que impide predicar como válido para una lo que se predica sobre los fundamentos tomados de la otra.

Así cuando se dice, con toda exactitud, que las resoluciones del Congreso argentino que llamamos leyes, son causa para que los argentinos se comporten de determinada manera, esto no quiere decir que la ley los obliga a su obediencia porque la ley no manda nada; quiere decir simplemente que la ley puede inducirlos a obrar de determinada manera si la idea del Legislador cursa en el complejo sociológico de los individuos; pero los induzca o no, la ley como tal en ambos casos tiene representada la conducta de los individuos y en esta representación está el problema del Derecho. No es diferente, sino en sus modalidades, el caso del Legislador respecto de la constitución positiva; ni el caso del Juez respecto de la ley, caso este último que pronto hemos de analizar con mayor detención, pero cuya completa visión no ha de hacerse patente hasta que no atacemos el racionalismo con que los juristas conciben el Derecho. Ni tampoco es diferente el caso del Constituyente frente a la norma fundamental originaria "Obedece al Legislador originario", pues el carácter metafórico de esta enunciación se advierte pensando que se trata de una orden que nadie ha dado ni puede dar, en mérito del alcance gnoseológico de la misma; su más exacta formulación sería decir: "Dado el hecho de ser legislador originario, debe ser lo que él quiera"; y esto tan sólo pone en evidencia la naturaleza voluntarista del Derecho en el problema que por ahora nos concierne.

3º) Pero además de aquella forma lógica y de aquellos contenidos contingentes, la norma de nuestro ejemplo es la representación de un valor. En efecto, la conducta representada, que es una conducta concretada por los elementos contingentes, es, en algún grado, un orden; también es cierta justicia o distribución, amén de otras cosas que luego revistaremos. Es así que la norma contiene representados el valor orden, el valor justicia y otros valores porque la conducta de por sí es una valoración de los mismos; "para la experiencia psí-

quica los hechos se transforman en valores" (64); "una conducta sin valor ontológicamente no puede ser" (65); de tal manera que la experiencia jurídica, siendo ella conducta efectiva y no otra cosa, es una experiencia estimativa, es decir una experiencia que se constituye con preferencias (65 bis), porque la conducta vale en razón de la valoración que ella contiene y que se transparenta también en la norma que la representa.

Como está dicho, se trata de un valor de conducta; no de otros valores como pueden ser el valor estético o el valor científico, que no hacen a la conducta ni valiosa ni desvaliosa porque no se refieren a ella. Y dentro de los valores de conducta nosotros nos limitamos al valor jurídico porque nos atenemos únicamente a la experiencia jurídica.

Así, pues, una ley además de la estructura con que se constituye y además de las determinaciones que contiene, contiene representada una valoración jurídica. Durante mucho tiempo y acaso desde la época de Pitágoras, se ha identificado la valoración jurídica con la Justicia (66). A esta concepción se opuso otra, tan antigua como la anterior pero sin duda menos esplendorosa, que identificaba la valoración jurídica con el Orden; así dice la oda de Píndaro, que Calicles invoca en favor de su tesis, "La ley, reina del mundo, de los hombres y de los dioses, justifica la fuerza que gobierna todo con su mano soberana" (67). La verdad es que hoy comprendemos que la valoración jurídica no se reduce a fórmulas tan simples (68); en rigor la valoración jurídica es compleja porque no

(64) ALFRED STERN, *La Philosophie des Valeurs*, I, 6; Paris, 1936, Herman y Cie.

(65) CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 12.

(65 bis) MANUEL GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de Filosofía*, 414, ed. cit.: "No hay cosa alguna ante la cual no adoptemos una posición positiva o negativa, una posición de preferencia".

(66) GIORGIO DEL VECCHIO, *La Justicia*. 30; Madrid, 1925, Góngora. Como es sabido esta posición culmina con Aristóteles.

(67) PLATÓN, *Gorgias*, 484-b; Paris, 1935, Les Belles Lettres. PLATÓN, *La République*, 338-c (ed. cit.), donde Trasímaco sostiene que la justicia es el interés del más fuerte. Para todo esto ver EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *El Derecho natural en la época de Sócrates*, ed. cit.

(68) Magistral por todo concepto es, a este respecto, el estudio de

se trata de un único valor, sino de un plexo valorativo que nos plantea en primer término el problema terminológico de su designación, porque los diversos miembros del mismo no son independientes entre sí, sino, al revés, tienen una íntima trabazón que los agrupa. De acuerdo con las ideas que se han abierto camino en nuestra época y desde las cuales vamos a enfocar la cuestión de fondo, nosotros creemos que la designación más adecuada es simplemente la de valoración jurídica, que alude correctamente a lo específico y a lo complejo del asunto ⁽⁶⁹⁾.

Procediendo a un análisis de la valoración jurídica, nosotros encontramos en ella la siguiente serie de valores:

Justicia
Solidaridad
Paz
Poder
Seguridad
Orden

GUSTAV RADBRUCH, *Le But du Droit*, en "Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique", tomo III, p. 48; Paris, 1938, Sirey.

(*) La tradición tomista se inclina por la locución "Bien común" (Ver GEORGES RENARD, *L'Institution*, 63, Paris, 1933, Flammarion; JOSEPH DELOS, *Les buts du Droit*, en "Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, III, 29, ed. cit.; y TOMÁS D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, 114, Buenos Aires, 1935, Cultura católica). Pero el concepto de Bien común en Santo Tomás es un nido de equívocos; así existe perplejidad en saber si el Bien común es lo de la comunidad en cuanto todo o lo común a sus miembros individuales (ver CONSTANTINO FERNÁNDEZ ALVAR, *notas al Tratado de la Ley de Santo Tomás*, 141, Barcelona, 1936, Labor); para no referirnos a aquella identificación del Bien común con la beatitud que hace explícitamente SANTO TOMÁS (*La Ley*, p. 21, ed. cit.), tan al margen de todo derecho positivo y, por eso mismo, tan inutilizable para el enfoque científico del Derecho; o a aquella otra en que el filósofo medieval nos habla de un "bien común de la naturaleza" (*La Ley*, p. 76, ed. cit.), tan al margen de la concepción científica de la Naturaleza con su mecanismo causal y su neutralidad para los valores. Pero aún depurada de sus exuberancias en un sentido unívoco, la locución "Bien común" parece más propia de la Política que del Derecho. (Sobre esto ver CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 28).

También peca por falta de precisión científica la locución "utilidad común", tan frecuente en el lenguaje vulgar, porque arrastra la confu-

Todos estos valores a que nos estamos refiriendo son las valoraciones reales y efectivas existentes en una sociedad humana en un determinado momento; no nos referimos al ideal de cada uno de esos valores con los que trata la axiología pura, por mucho que ese ideal, de una u otra manera, contribuya a formar el valor positivo. Por ejemplo, no nos referimos al ideal de Justicia, sino a la estimación o preferencia que constituye la justicia aceptada y que se traduce en una determinada distribución. De la misma manera no nos referimos al ideal de Solidaridad, sino a la estimación aceptada que señala en qué medida los demás soportan lo que le sucede a cada cual. Y así para los otros valores de la serie apuntada, nos referimos únicamente a los valores positivos, es decir a las preferencias aceptadas por el cuerpo colectivo. (70).

Además todos los valores de la serie, si bien son valores de conducta, lo son sólo de conducta bilateral, como corresponde que ocurra para que puedan ser valores jurídicos, ya que el concepto lógico del Derecho incluye aquella bilateralidad (71). Es decir que la conducta valiosa no está constituida por la conducta de una sólo persona sino por la conducta de una pluralidad de personas, pues lo que se valora es la interferencia intersubjetiva de sus acciones. Por ejemplo la Justicia se da en la conducta de dos personas consideradas esas conductas como una unidad; no importa que el beneficiario de la acción justa sea una sola de esas personas; esto es otro asunto; lo que queremos decir es que la justicia no aparece en la conducta aislada de una u otra de las personas de nuestro ejemplo, sino en la conducta de ambas consideradas en uni-

sión entre lo útil (valor técnico) y lo utilitario (valor ético) y porque sólo después de la oposición entre Técnica y Ética está el lugar de lo jurídico. (Ver CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 33 y 36).

(70) Así por ejemplo el profesor FAUSTINO J. LEGON, puede decir con aguda sensibilidad, en *Los Constituyentes de 1853*, 7, Buenos Aires, 1941, Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional: "Las constituciones son siempre, en algún sentido, *tratados de paz*".

(71) GIORGIO DEL VECCHIO, en *La Justicia*, cap. VII y VIII, ed. cit., destaca bien esta correspondencia entre la Justicia y el concepto del Derecho. Pero lo mismo ha de decirse de todos los otros valores jurídicos.

dad desde que sus conductas se han puesto en contacto y han interferido entre sí. De la misma manera la Solidaridad, la Paz, el Poder, la Seguridad y el Orden se dan en la interferencia de dos conductas por lo menos, pero no en cada una de esas conductas aisladamente consideradas. Es así que el respeto a la personalidad humana no entra, a nuestro juicio, en la valoración jurídica ⁽⁷²⁾ porque aquél es un valor de conducta unilateral, es decir que ese respeto se da en una sola conducta por más que los beneficiarios sean otras personas, lo mismo que ocurre con el amor al prójimo; el Derecho sólo puede establecer cierta dependencia entre dos personas, pero no el respeto de una a otra. Por lo demás es claro que interesa al ideal de Justicia la forma en que se constituye aquella dependencia; y que cuando en ésta hay una situación de equivalencia entre ambas, encontramos que la Justicia, en su esfera, corre en perfecto paralelismo con el respeto de la personalidad humana que el ideal moral reclama en la suya.

El hecho de que todos los valores jurídicos sean valores de conducta bilateral, hace posible que ellos se agrupen en un plexo axiológico. Pero además haremos notar, analizando la estratificación efectiva de dicho plexo, que los valores de la serie que hemos dado están jerarquizados entre sí en la prelación que señala la serie, por la doble relación siguiente que ha descubierto Hartmann con valor general para cada plexo estimativo ⁽⁷³⁾: Desde abajo hacia arriba pasamos de valores menos valiosos a valores más valiosos: indudablemente vale más la Justicia que el Orden, en el sentido de que a la intrínseca calidad de la primera le conferimos mayor dignidad y jerarquía espiritual que a la intrínseca calidad del segundo. En cambio procediendo desde arriba hacia abajo, pasamos de valores fundados a valores fundantes, es decir que los valores de inferior rango son, a pesar de ello, más fuertes que

⁽⁷²⁾ En contra, LUIS RECASENS SICHES, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, cap. XII, ed. cit., que a nosotros nos parece importante para el ideal jurídico, pero no para la valoración jurídica.

⁽⁷³⁾ NICOLAÏ HARTMANN, *Ethics*, II, 51 y sigtes.; ed. cit.

los valores de rango superior por lo que éstos no pueden darse si aquéllos le cierran el camino: un valor superior no puede ser realidad en contra de su inferior, pero, a la inversa, puede existir un valor inferior negado por su superior.

Nuestra serie constituye un plexo porque sus diversos miembros están unidos por la doble y opuesta relación del rango y el fundamento material. Y es precisamente esa relación el hilo que contribuye a esclarecer los miembros de la serie, pues si consideramos aisladamente sólo el Orden y la Justicia, como es caso frecuente que se haga, es tanta la diferencia que media entre ellos que al pronto aparecen como opuestos, configurando dos concepciones estimativas antagónicas del Derecho. Pero el antagonismo desaparece interpolando entre el Orden y la Justicia otros valores intermedios que lleven del uno al otro y cuya íntima conexión en un plexo valorativo esté dada por la ley del rango y el fundamento material, pues la interpolación en ningún caso puede ser arbitraria o caprichosa.

Nosotros no podemos decir si la valoración jurídica queda exhausta con los seis valores señalados, porque en última instancia la afirmación de un valor depende de una intuición ya que el valor es un dato primario; y la intuición tiene siempre un campo abierto ante sí. Nuestra serie no podría ser, pues, deductiva. Pero sí nos parece evidente que la serie forma parte de la valoración jurídica y la esboza bastante completamente porque entre sus diversos miembros se da la ley del rango y el fundamento. En efecto, no puede existir seguridad si el orden vigente la excluye, pero puede no ocurrir semejante exclusión; lo primero es el caso de un orden muy laxo o inestable; tal el orden jurídico liberal llegó a ser inseguro en las condiciones de post-guerra de 1919, no obstante que como orden era el mismo. De igual manera no puede existir poder si la seguridad vigente lo excluye, pero puede no ocurrir tal exclusión; lo primero fué el caso del Estado liberal inglés de la época victoriana, que tenía poco poder pero había mucha seguridad. Asimismo no puede existir paz si el poder vigente la

excluye, pero puede no ocurrir semejante cosa; aquello es caso frecuente en los gobiernos despóticos. Lo mismo la solidaridad se ha de dar dentro de la paz; y la justicia dentro de la solidaridad, en la misma relación que hemos señalado. Es claro que esta relación es real y no ideal, en el sentido de que una alta realización de un miembro de la serie no requiere una previa realización igualmente alta de los precedentes; basta que éstos, como positivamente son, sean abiertos para los subsiguientes, porque en caso contrario uno precedente desaloja al subsiguiente desde que es más fuerte. El precedente es, pues, fundamento axiológico material, pero no razón de ser del subsiguiente; y éste puede tener un cumplimiento más alto que el logrado por el valor fundante.

Surge ahora una observación muy importante: Si la valoración jurídica fuera uno solo de sus miembros, por ejemplo la justicia positiva, él coincidiría con el derecho positivo y se podría hablar de uno u otro como de dos sinónimos. Pero los diversos valores de la valoración jurídica son diferentes entre sí, como lo comprueba el hecho de que en un régimen jurídico dado uno de ellos puede concordar con su valor ideal y otro, al mismo tiempo, discordar con el suyo; por ejemplo, puede haber un orden valioso pero que sea injusto. Esto nos permite decir que, juzgados desde el ideal, los diversos valores de la valoración jurídica son como las diversas perspectivas axiológicas que cabe tener de ese fenómeno de conducta que llamamos derecho positivo, tal como cuando se mira un valle desde todas sus montañas circundantes. Pero como la realidad es ese fenómeno de conducta, — realidad valiosa según sabemos —, se comprende que todas y cada una de sus partes caen bajo todas las perspectivas: cada figura jurídica, pues, contiene todas las direcciones de la valoración jurídica. Esto mismo hace comprender dos cosas del más alto interés para la teoría de la interpretación. En primer lugar, que la valoración jurídica es totalitaria en el sentido de que toma a todas las figuras jurídicas positivas y de que no hay ninguna que se escape a ella o le sea ajena. Es sabido que to-

das las figuras jurídicas se remiten las unas a las otras porque están estructuradas y jerarquizadas como una totalidad piramidal por esa estructura lógico-jurídica que se llama orden jurídico u ordenamiento jurídico (74). Podemos decir, en consecuencia que la estructura lógica de la valoración jurídica es el orden u ordenamiento jurídico; y si bien la valoración jurídica, en cuanto dato, es un plus real respecto de la estructura lógico-ideal, es tan totalitaria como ésta; de modo que las diversas figuras jurídicas están conexonadas entre sí, tanto externamente, por sus formas, donde hace pié la estructura lógica, cuanto internamente, por su materia, que es valoración jurídica. La valoración jurídica pone, así, en contacto material las diversas figuras del derecho positivo, al propio tiempo que la estructura lógica del Derecho las pone en contacto sistemático.

En segundo lugar, que la valoración jurídica es común, aunque no única, en un sentido muy particular: La valoración jurídica no está superpuesta a las normas y recortada sobre cada figura del ordenamiento positivo como cuando se duplica un modelo de papel; no hay, pues, una valoración jurídica independiente para cada figura del derecho positivo. Más vale compararla con la tela del mapa, siendo las figuras jurídicas los trazos geográficos que se dibujan, a veces mutilados, sobre ella. La misma valoración contenida en una figura, excede e irradia de ésta hacia las figuras vecinas o hacia los intersticios que quedan entre dos figuras no perfectamente yuxtapuestas. Se intuye así perfectamente, por ejemplo, que la misma valoración positiva del orden o de la justicia es la que juega en instituciones análogas como la patria potestad, la tutela y la curatela, aunque una tuviera sus perfiles contingentes dibujados con mucha más precisión que las otras y a pesar de las diferencias concretas que correspondan a una u otras situaciones y que pueden llevar a soluciones di-

(74) Ver CARLOS COSSIO. *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. II, ed. cit., para la discusión completa de este punto en especial.

versas precisamente para mantener la misma valoración. Otro tanto se percibe, con la extrema patencia del contraste, en las mal llamadas lagunas de la legislación, es decir cuando un caso no está particularmente configurado, resultando la solución del juego dialéctico de los elementos dogmáticos y sintiéndose la como una injusticia no querida por la ley pero fundada en ella; acá no está en tela de juicio la solución en cuanto lógica consecuencia del ordenamiento jurídico; por eso no hay propiamente laguna; lo único que sucede es que la valoración jurídica resultante choca y difiere de la valoración jurídica aceptada en los ámbitos vecinos del ordenamiento jurídico, produciendo una solución de continuidad estimativa imprevista, tal como una cañada escondida por la maleza rompe la superficie de una pradera. Pero no por ser común, la valoración jurídica de un ordenamiento es única; bien se comprende, por ejemplo, que el régimen de los contratos puede ser individualista y el de la familia estar presidido por una idea social o colectiva. Sin embargo esta diferencia de valoraciones puede aparecer como una oposición sólo considerando abstracta y aisladamente ambas figuras así determinadas; pero reintegradas ellas al común ordenamiento jurídico a que pertenecen, ambas valoraciones se unen y compenetran paulatinamente e insensiblemente, a través de las valoraciones de figuras intermedias que las pusieran en contacto según el caso planteado, de tal manera que no se podría saber donde concluye la valoración individualista y donde comienza la social, sin desconocer el predominio de una u otra en cada extremo de las normas en juego, al modo como los cables de un puente colgante unen con una curva flexible las aristas enhiestas de las torres que los soportan. Así, si suponemos dos regímenes contractuales individualistas, idénticos en sus determinaciones contingentes, pero uno perteneciendo a un ordenamiento jurídico individualista y otro perteneciendo a un ordenamiento jurídico socialista, no es dudoso que la interpretación práctica de aquellos regímenes sería muy diferente, a pesar de su abstracta identidad. Veremos más adelante que un

caso judicial siempre se resuelve por la totalidad del orden jurídico y no por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto.

Pero a esta altura de nuestro discurso podemos advertir otra cuestión aún más importante que las precedentes para nuestro propósito: En la experiencia jurídica, la valoración jurídica se ofrece con la doble característica de ser un contenido necesario dentro de la estructura normativa y junto con las determinaciones contingentes.

En efecto, se intuye sin ninguna dificultad que la valoración jurídica está en la conducta como la propia materia de ésta; por ejemplo, el orden o la justicia que resultan con el hecho de que los argentinos sean mayores de edad a los 22 años, son una realidad de conducta y no la geometría de una mera conducta posible; en tal sentido, como todo lo que es real y existente, ese orden o esa justicia son una materia y no una forma, y se identifican con la conducta en cuestión. En esto, estos valores positivos no se diferencian de los otros valores, según los concibe en general la axiología contemporánea, como contenidos y no como formas. Y desde este ángulo el contenido contingente de la norma, que vulgarmente es considerado como aquello que la norma dispone (es decir, en nuestro ejemplo, las referencias a "22", al "año solar", al "hombre psico-físico normal", a las "manifestaciones de su voluntad", etc.) resulta sólo una concreción particular de la valoración jurídica. Pues si bien la valoración jurídica aparece en segundo plano y las determinaciones contingentes en primero, ya que éstas saltan a la vista y únicamente por un esfuerzo de reflexión se advierte que con ellas hay un orden o una justicia, no es menos cierto que esas determinaciones contingentes sólo concretan un orden y una justicia particulares.

Más sorprendente es la nota de necesidad que hemos asignado a este contenido estimativo. Desde nuestro ángulo la conducta humana siempre es valoración jurídica [así como desde otros ángulos siempre es valoración técnica, moral, po-

lítica, religiosa o de decoro ⁽⁷⁵⁾], en el sentido, por ejemplo, en que el color y la extensión son cosas diferentes pero absolutamente inseparables ⁽⁷⁶⁾. La inseparabilidad entre la valoración jurídica y la conducta humana se funda en la ontología de ésta. No vamos a tratar ahora este asunto, pero sí vamos a destacar con un ejemplo la necesidad de la valoración jurídica en cuanto contenido representado en la norma.

La verdad es que Kant estuvo a punto de advertir cuestión tan importante. Se olvida con frecuencia que este autor dividió los imperativos del obrar en problemáticos, asertóricos y apodicticos, distinción que hace interferir con la famosa división entre imperativos hipotéticos y categóricos, que todo el mundo recuerda. Sólo los imperativos categóricos son apodicticos, según él; pero ha quedado en la bruma que dentro de los imperativos hipotéticos se conjugan los imperativos problemáticos y asertóricos. Buscar la felicidad es el imperativo asertórico porque “es lícito presentarlo como necesario... para un propósito que podemos suponer de seguro y *a priori* en todo hombre, porque pertenece a su esencia” ⁽⁷⁷⁾. A nuestro juicio Kant ha planteado mal estos problemas que conciernen a las categorías de la conducta, porque se guió artificialmente por el esquematismo propio de la Lógica formal; además nosotros no discutiremos el tema kantiano porque pertenece a la valoración moral. Pero queda en pie la observación fundamental de un contenido estimativo asertórico, el cual es constante porque, fundado en la naturaleza humana, tiene necesidad fáctica — no apodictica —; es decir que hay

⁽⁷⁵⁾ CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta*, N° 33, 36 y 39.

⁽⁷⁶⁾ HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, Investigación III, cap. I, ed. cit., estudia este punto de modo insuperable. FRITZ SCHREIER, en *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, segunda parte, cap. I, 1°, (Bs. As., 1941, Losada, en prensa para la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social), lo utiliza con hondura en el problema jurídico. También lo recuerda brevemente EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, I, 217, México, 1940, Porrúa. Nosotros utilizamos la investigación husserliana en otra dirección.

⁽⁷⁷⁾ KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 58; Madrid, 1921, Calpe.

un tipo de contenidos que está presente siempre que esté en juego la naturaleza humana; y como con el derecho positivo nos referimos necesariamente a la conducta humana, resulta haber, con fáctica necesidad, un contenido fundado en la naturaleza humana y representado también en la norma.

Este es el problema de la valoración jurídica y de su necesidad de hecho. Por ejemplo, toda norma es un orden; o más exactamente, puesto que la norma sólo es una representación conceptual, toda conducta que está determinada y particularizada, cualesquiera sean la determinación y particularización, es un orden porque en ese caso ya no puede haber algo así como la ausencia radical del orden. Lo único que puede ocurrir, variando las determinaciones y particularizaciones, es que el nuevo orden resultante sea más o menos valioso que el anterior, en cuyo caso el orden menos valioso nos parece un desorden; pero de ninguna manera cabe hablar de una conducta determinada y particularizada, que sea extraña por completo a toda noción de orden ⁽⁷⁸⁾; la conducta, pues, siempre es algún orden porque siempre se determina de alguna manera. Y del mismo modo la conducta siempre es alguna seguridad, algún poder, alguna paz, alguna solidaridad y alguna justicia ⁽⁷⁹⁾.

De todo esto resulta que la valoración jurídica es un elemento originario o primario del objeto representado en toda

⁽⁷⁸⁾ BERGSON, en *L'Evolution créatrice*, 239, Paris, 1921, Alcan, hace un estudio fundamental de la noción de orden y el sin sentido que está implícito en la noción de desorden entendida como la ausencia absoluta de todo orden. *Mutatis mutandis* nosotros nos referimos al orden de la conducta en cuanto valor jurídico. También aquel estudio sirve para mostrar al orden como base del plexo axiológico-jurídico.

⁽⁷⁹⁾ A propósito de la serie que integra la valoración jurídica y del lugar que asignamos a cada uno de los valores integrantes, recordaremos acá que el orden como valor más elemental del Derecho, no ha pasado inadvertido. Así HEINRICH HERRFAHRDT, en *Revolución y Ciencia del Derecho*, Parte general, Madrid, 1932, Rev. de Derecho privado, desenvuelve toda una teoría para distinguir entre normas de orden y normas jurídicas. Hemos criticado esta distinción en *El Concepto puro de Evolución*, 136, nota 25, pues es claro que las normas de orden también son normas jurídicas; pero es importante cuanto aquel autor dice sobre el carácter elemental y primario del orden.

norma jurídica. O como hemos dicho más arriba, en la experiencia jurídica resulta haber un contenido con fáctica necesidad fundado en la naturaleza de la conducta humana. Este elemento estimativo primario ha sido reconocido inequívocamente por Ascoli, como lo comprueba el hecho de que él, con expresión desorientada, lo llame “derecho natural” y “norma natural” (80) sólo porque está originariamente en la naturaleza del dato jurídico. También Gurvitch reconoce algo muy semejante (81).

Comparando ahora las tres clases de elementos constitutivos de la experiencia jurídica, por sus caracteres de forma y contenido por un lado, y de necesidad y contingencia por otro, resulta que el primer binomio no coincide con el segundo, como se aprecia en el siguiente cuadro:

EXPERIENCIA JURÍDICA

| | | | | |
|----------------------|---|-------------------------|---|------------------------|
| Elementos formales | { | Componentes lógicos | } | Elementos necesarios |
| Elementos materiales | { | Componentes estimativos | } | Elementos contingentes |
| | { | Componentes dogmáticos | } | |

Con esto comenzamos a llegar al fondo mismo de nuestra cuestión.

En primer lugar corresponde examinar cómo se ha hecho cargo de la valoración jurídica la doctrina tradicional desde sus rieles dogmáticos. El asunto fué encarado como un problema teleológico y así se dijo que el orden o la justicia o alguno de los otros valores jurídicos eran un fin para el Derecho, de modo que el derecho positivo en calidad de medio, bus-

(80) MAX ASCOLI, *L'Interpretazione delle Leggi*, N° 14, 15, 18, 19, 20, 22, 29 y especialmente 33 (ed. cit.).

(81) GEORGES GURVITCH, *L'Expérience juridique et la Philosophie pluraliste du Droit*, 52 y 81; Paris, 1935, Pedone; y GEORGES GURVITCH, *Morale théorique et Science des Moeurs*, 182, Paris, 1937, Alcan.

caba o se proponía alcanzar como finalidad una u otra de aquellas cosas. Y es claro que éstas afirmaciones, para funcionar, incluyen los errores que ya hemos puesto al descubierto: por un lado, que las normas son órdenes para la conducta, es decir cosas diferentes de ella y no su simple representación conceptual; y por otro lado, que el derecho positivo no es la conducta efectiva de los hombres sino el conjunto de las normas, las cuales tienen la objetividad que les viene de ser algo por aparte, es decir órdenes. Pues en el caso de admitir que el derecho positivo es conducta y no otra cosa, es evidente el error en que se cae cuando se concibe la valoración jurídica (o una parte de ella) como la finalidad del Derecho.

En efecto, se comprende que una misa sea un medio para salvar el alma o que una palanca sea un medio para mover una piedra, porque la misa y la palanca son respectivamente cosas diferentes del alma y de la piedra; como se ha hecho notar con innegable exactitud ⁽⁸²⁾ la relación teleológica también es causal porque un medio para un fin es una causa para un efecto, de modo que, en los ejemplos anteriores, siendo la misa y la palanca cosas diversas del alma y de la piedra aquellas como causas pueden operar en éstas un efecto, aceptados los supuestos condicionantes de ambas hipótesis y dentro de la configuración típica con que aparece la causalidad teleológica con el eslabón de la conciencia ⁽⁸³⁾. Pero advirtiendo que el derecho positivo es conducta, de ninguna manera cabe ya decir que el derecho es medio para el orden o la justicia positivos, porque el propio derecho positivo es ese mismo orden o esa misma justicia (o el valor jurídico que se haya tenido en cuenta para el argumento). Ciertamente una cosa es afirmar que el Derecho es un medio para conseguir orden, y otra muy diversa es decir que el Derecho es orden; y dentro de la segunda tesis no cabe plantear una relación teleológica entre Derecho y Orden. Con la primera tesis se alude a un

⁽⁸²⁾ Ver nota 52.

⁽⁸³⁾ HARTMANN, *Ethics*, III, 77, ed. cit.

ideal de orden, con lo cual se incurre en un pronunciamiento estimativo y con lo cual, además, la pretendida relación teleológica entre derecho positivo y orden se hace ilusoria o se destruye, pues si el ideal de orden sigue como ideal se trata de una finalidad que no se alcanza y de una teleología que no se cumple; y si el ideal de orden se realiza, entonces nos hemos convertido a la segunda tesis porque ese orden es el propio derecho positivo (84). Pues con la segunda tesis no se alude a un ideal de orden, sino al orden en cuanto dato estimativo, es decir, en cuanto experiencia constituida por una preferencia axiológica, cualquiera sea la distancia que la separe de cualquier ideal de orden, de modo que si esta distancia es nula porque el ideal se realiza, no por eso en este caso el ideal deja de ser el dato estimativo: ello sólo quiere decir que, en este caso, nuestro pronunciamiento axiológico coincide con el dato estimativo, pero esto no impide que podamos conocer el dato sin pronunciarlo, ni lleva implícito que lo substituyamos por nuestra estimación, como hace subrepticamente la primera tesis. Lo mismo podemos decir respecto de los otros valores de la valoración jurídica.

Las consecuencias de una y otra tesis las veremos más adelante. Pero desde ya anticiparemos que la concepción teleológica en cuya virtud se concibe a la valoración jurídica, total o parcialmente, como el fin del Derecho, hace de la valoración jurídica algo estéril para la interpretación científica de la ley y conduce al intelectualismo de las concepciones interpretativas. Lo primero, porque la valoración es el momento vivo de la interpretación; ella es el momento de vida humana viviente en cuanto el Derecho es precisamente vida humana viviente, de modo que si se la quiere trasponer al

(84) BERGSON, *L'Evolution créatrice*, 244, ed. cit.: "La vida trasciende la finalidad, si se entiende por finalidad la realización de una idea concebida o concebible por anticipado". Y esto lo dice Bergson después de haber insistido en que el concepto teleológico viene a-posteriori sobre la vida cumplida, para concebirla, pero no sobre la vida cumpliéndose.

Derecho como su finalidad, al Derecho se lo troncha de la vida: ni la estructura lógica ni las determinaciones contingentes de una norma jurídica son vida humana viviente; sólo lo es su valoración. Y lo segundo, es decir el intelectualismo de las concepciones interpretativas, porque reducido el Derecho a estructuras lógicas y a determinaciones contingentes — que son, éstas, meros objetos ideales, naturales o espirituales — esto se reduce a un esquematismo de posibilidades, rígido como las figuras geométricas y como los puntos que dentro de ellas se acotaren; sólo cuando uno de los objetos ideales referidos fuera a su vez una acción humana, como en el caso de la buena fe, de la ingratitud o de cosas semejantes, sólo entonces el esquematismo se sentiría sacudido porque entraría otra vez en contacto con la vida humana viviente.

Desechada así la concepción teleológica entre derecho y valoración jurídica, el tema central que nos preocupa se plantea, en toda su amplitud y trascendencia, de la siguiente manera:

Indudablemente el derecho positivo valora ciertas cosas, es decir les confiere a ellas valor jurídico. En los artículos del Código Civil que hemos tomado de ejemplo, la cuantificación “22” tiene un valor que no se ha dado a “21”; lo mismo la medida de tiempo que llamamos “año solar”, el “individuo humano”, etc. Si “22” tiene acá un innegable valor jurídico, la cuestión está en saber qué le da este valor: ¿la conducta humana o la norma? Si norma y conducta no son objetos reales diversos porque la norma sólo es la representación conceptual de la conducta, entonces la dificultad no existe. Pero si norma y conducta son diversos objetos reales (aunque de realidad cultural, se entiende), aquélla una orden existente y ésta un hecho estimativo, entonces tiene sentido preguntarse: ¿“22 años” vale porque dice la norma o porque los argentinos se comportan de determinada manera frente a los individuos de 22 años?

Resolviendo esta pregunta se ha de ver en definitiva si una norma es la representación conceptual de una acción, es

decir un objeto lógico aunque de la Lógica del deber ser; o si es un objeto real, de realidad cultural, diverso de la conducta humana. Pero para contestar aquella pregunta es necesario aclarar qué valor es el que se le ha conferido al objeto "22 años", que en sí sólo es un objeto matemático-astronómico y por lo tanto neutro a todo valor.

En la hipótesis de que norma y conducta sean objetos reales diversos, caben tres soluciones a nuestra pregunta: O "22 años" recibe su valor de la norma; o lo recibe de la conducta; o lo recibe simultáneamente de una y otra porque acumula dos valoraciones cada una con su propio valor.

Nosotros desecharemos la tesis de que "22 años" recibe su valor exclusivamente de la norma, porque es evidente que si 22 años vale para alcanzar la mayoría de edad, el valor que se le asigna es una valor de orden, de seguridad, de poder, de paz, de solidaridad y de justicia, todo lo cual es valor de la conducta, como ya hemos visto, porque el comportamiento efectivo es el orden, o el poder o la justicia así determinados y por eso mismo positivos. Cuando decimos que en el derecho positivo argentino 22 años vale para la mayoría de edad, decimos simplemente que hay un cierto orden, un cierto poder, una cierta justicia, etc., los cuales, en cuanto datos reales de una experiencia jurídica, son conducta y no otra cosa. Por eso es incontrovertible que 22 años vale para la mayoría de edad porque los argentinos se comportan de determinada manera frente a los individuos de 22 años. Es innegable, pues, que la primera tesis debe ser rechazada porque el valor que se confiere a 22 años, proviene de la conducta jurídicamente considerada, pues es un valor de ésta; o mejor dicho ésta es ese valor porque ella es un hecho estimativo y precisamente ese hecho estimativo.

La cuestión se reduce, entonces, a saber si "22 años" recibe además un valor de la norma. Es claro que si este valor adicional fuera el mismo valor de orden o de justicia etc., que recibe de la conducta, estamos duplicando ilusoriamente el objeto o tomando su representación conceptual por un nuevo ob-

jeto coincidente con el primero, pues repugna a los principios lógicos supremos que dos cosas diversas sean la misma cosa siendo diversas. Nos ocuparemos, pues, únicamente del caso en que el valor adicional que “22 años” pudiera recibir de la norma, sea un valor no comprendido en el plexo de la valoración jurídica; más precisamente, para atenernos a lo que ha sido delineado más arriba, nos atendremos a la tesis de que la norma sea una orden o mandato del Legislador que debe ser obedecido por los individuos, en cuyo caso la obediencia es el valor adicional que confiere valor a “22 años”. Pero la obediencia — que es cosa diferente de la sujeción o dependencia — no es un valor jurídico sino un valor moral; y por eso resulta sin sentido decir, como habría que decir, que “22 años” vale *jurídicamente* para la mayoría de edad, en mérito del valor obediencia que puede hacer valer solo moralmente a un comportamiento en razón de su naturaleza moral. La verdad es que “22 años” vale *jurídicamente* para la mayoría de edad, porque esta consecuencia está imputada a aquel hecho antecedente y nada más. Y con esto resulta muy claro que, hablar de la obediencia como del valor que la norma transmite a “22 años”, es la quinta rueda del carro para la ciencia del Derecho, pues la ciencia del Derecho se limita a la representación verdadera de los objetos jurídicos y estos objetos son las acciones humanas en cuanto valoraciones jurídicas, de modo que la representación científica está completa con la representación normativa de esos valores positivos.

Es claro que la valoración jurídica puede conferir valor no solamente a objetos ideales (lógicos o matemáticos) y a objetos de la Naturaleza, sino también a objetos del Espíritu, sea que éstos fueren productos valiosos del Espíritu, como una obra de arte, sea que fueren actitudes del propio Espíritu como la ingratitude o la buena fe ⁽⁸⁵⁾. Como hemos de ver al fi-

⁽⁸⁵⁾ Además de lo que se dirá dentro de poco en el texto, ver Cossio, *Teoría de la Conducta*, N° 32, para la necesidad de distinguir, en el dominio del Espíritu o Cultura, entre objetos mundanales (vida humana objetivada) y objetos egológicos (vida humana viviente). Por esto

nal de este trabajo, todo esto tiene una importancia decisiva en la teoría de la interpretación orientada en sentido objetal. Pero como la valoración jurídica es a su vez un objeto del Espíritu, y, precisamente, uno de esos objetos que por ser vida humana viviente llamamos egológicos, se hace inexcusable tratar acá cierto aspecto de ella que se re-edita, *mutatis mutandis*, en los objetos valorados jurídicamente cuando estos objetos son, también, objetos del Espíritu de una y otra clase; aspecto que, a nuestro juicio, es el fundamental en la interpretación de la ley.

Se trata de lo siguiente: puesto que la valoración jurídica es un elemento primario de la experiencia jurídica, la valoración está en la interpretación judicial de la ley, que es también experiencia jurídica; pero ¿qué papel juega la valoración en esa interpretación?

La valoración jurídica, en cuanto objeto del Espíritu, es una *sentido* o significación: es el sentido positivo del orden, de la paz, de la justicia, etc.; de modo que su existencia es la existencia de este sentido. Pero como además, subdividiendo los objetos del Espíritu, ella es conducta efectiva, es decir vida humana viviente, ella no es un sentido puesto por el hombre en los productos que éste crea y que allí queda latente, porque en este caso el sentido se sustenta en lo creado; por el contrario ella es un sentido que se sustenta en la vida viviente del hombre y que por eso se historializa ⁽⁸⁶⁾ con la vida

el autor no cree, como cree LUIS RECASEN SICHES, en *Vida humana, Sociedad y Derecho*, cap. I, ed. cit., que el Derecho sea vida humana objetivada.

⁽⁸⁶⁾ *Historializar*: neologismo de la filosofía de Martín Heidegger que señala el sentido profundo de la historicidad de la vida humana — no de la vida biológica del hombre, que es una de las múltiples cosas que la vida humana encuentra en su horizonte —. El ser de las cosas es una realidad puesta al descubierto porque consiste en lo que el hombre descubre en ellas; en este sentido la vida biológica del hombre es una cosa entre tantas, pero no vida humana. En cambio la vida humana es un ser revelado y revelante, alta voz entitativo según la hermosa frase de GARCÍA BACA (*Introducción al filosofar*, 20, Tucumán, 1939, Violetto); el ser de la vida humana es un hacerse hacia lo que no es: la muerte; este transcurso peculiar y único que consiste en un hacerse a sí mismo lo que no es, es la historicidad radical de la vida humana alu:

del hombre. Es cierto que todo sentido sólo existe de verdad cuando se tiene la vivencia psicológica del mismo; en caso contrario hay que decir que existe en forma latente — pero no real — allí donde él se sustenta, como cuando afirmamos que una estatua sigue siendo hermosa o una teoría verdadera en los momentos en que nadie vive esa hermosura o esa verdad. Pero mientras en los objetos mundanales el sentido se sustenta en un lugar (las cosas creadas) y su existencia se da en otro (el acto vivo de quien lo capta), en los objetos egológicos el sentido se sustenta en aquello mismo que le da existencia: en la vida humana viviente. Este es el caso de la valoración jurídica y por ello es intransferible.

Con esto queremos decir que la valoración jurídica no está en la ley en cuanto fórmula gramatical creada. La ley así entendida es un producto, es un texto, es en suma un objeto mundanal y, por lo tanto, no puede contener ni la existencia ni la base de sustentación de la valoración jurídica que es un objeto egológico; la ley así entendida sólo es el lugar de sustentación de otro sentido (pero no de su existencia): del sentido lógico de un concepto normativo porque la ley en sí es un concepto normativo y nada más. La valoración jurídica de la ley estuvo originariamente en los legisladores cuando la sancionaron y está otra vez originariamente en el Juez cada vez que éste la interpreta, aunque sean valoraciones de diferente contenido — ya veremos luego con qué alcance —, porque ahora se toma a la ley en cuanto es conducta efectiva y no fórmula gramatical. Es claro así que la ley, en tanto fórmula gramatical, no le puede dar ni quitar al Juez la vivencia de ese sentido en que consiste para él la existencia de la valoración jurídica.

De la misma manera los antecedentes parlamentarios y demás medios de descubrir la intención del Legislador, llegan

dida con el vocablo historializar. En la interpretación del mismo no hay que olvidar que, para Heidegger, morir no es lo mismo que fallecer; los animales fallecen, pero sólo el hombre muere.

al intérprete como productos creados, es decir como objetos mundanales; y por eso ellos tampoco son valoración jurídica. Es decir — y con esto anticipamos cosas que veremos al detalle más adelante — que ni la gramática ni la exégesis son aptas para captar la valoración jurídica porque ésta es vida viviente, en tanto que las palabras escritas y las huellas intencionales dejadas por la vida a su paso, sólo son productos de la vida, pero no vida. La gramática y la exégesis pueden ser adecuadas para tratar ciertos aspectos de las determinaciones contingentes de la ley, pero no para tratar la valoración jurídica ni mucho menos para apresarla. Por paradójal que parezca, la valoración jurídica se entrega al pensamiento sólo desde el ángulo dogmático, que es consubstancial al Derecho, porque la Dogmática jurídica es la creación racional de la ciencia del Derecho y el Derecho en cuanto conducta tiene la racionalidad viviente de la conducta que de aquél modo queda representada en la ciencia y en el conocimiento ⁽⁸⁷⁾. Esta racionalidad viviente de la conducta, es decir esta razón humana que forma parte de la vida, distingue radicalmente la Dogmática jurídica de la Dogmática teológica que opera sobre productos de la vida. Y es de esta manera que el método dogmático de interpretación ocupa un puesto prominente en la teoría de la interpretación; el puesto del meridiano que fija el rango de los otros métodos, sin perjuicio de la compe-

⁽⁸⁷⁾ Esta restitución de la razón a la vida humana, que ha negado el historicismo, ya ha sido sugerida por nosotros para otro problema. Al hablar del ideal de justicia hemos dicho: “Tomando partido en la polémica metafísica para superar el historicismo, pero no para desconocerlo, hagamos valer el argumento de que también la razón es un valor histórico aunque su sentido es la eternidad y la universalidad, de modo que invocando todo lo que invoca el historicismo, la razón reclama su puesto en el curso de la vida con los mismos derechos que los otros valores, de tal manera que desconocerla en su sentido es mutilar aquella vida que el historicismo pretende salvar intacta de ultrajes; así vuelve lo perenne al seno de lo transitorio sin desconocer que lo primero sólo aparece en lo segundo, cual vislumbraba Platón cuando decía que el Tiempo “es una cierta imitación móvil de la eternidad”. (CARLOS OSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, 161, ed. cit.).

tencia particular que le toque en las cosas que le correspondan, de acuerdo a la naturaleza objetal de las mismas.

Y bien, si la valoración jurídica está en la interpretación judicial de modo originario y primario porque ella es vida viviente, ¿qué papel juega en la interpretación?

A este problema fundamental se lo ve en todo su esplendor extrayéndolo del cotejo entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario, cuando, con exactitud, se elogia en el primero una certidumbre de que carece el segundo. Pero la certidumbre es un valor de conocimiento, no un valor de conducta; lo que se elogia, entonces, es que el derecho escrito determina un conocimiento más cierto que el derecho consuetudinario. Los autores no aluden a que el derecho escrito es más seguro, estable o fijo (que son valores de conducta) porque la legislación puede pecar defectuosamente a estos respectos. Tampoco aluden a un conocimiento más fácil, porque notoriamente dos leyes incongruentes ocasionan un conocimiento muy difícil. Aluden al conocimiento cierto; a la seguridad del conocimiento, no a la seguridad del Derecho. Pero sobre qué versa esta certidumbre que da el derecho escrito? he aquí la cuestión.

Los valores tienen diversas dimensiones, para emplear el giro ya consagrado; por ejemplo su rango, su fuerza, su calidad y su cantidad.

Del rango y de la fuerza ya hemos hablado cuando dimos la serie graduada de la valoración jurídica; así la justicia es más eminente, pero más débil, que el orden; y esta doble relación de jerarquía no está en nuestras manos alterarla. La calidad es la nota diferencial de un valor; así como el rojo es una calidad de color diferente del azul, así difieren por su calidad dos valores, por ejemplo la pureza y el amor; no de otra manera difieren entre sí los diversos valores de la valoración jurídica. Por último, la cantidad también es dimensión axiológica, pues puede haber más o menos justicia, más o menos belleza, etc.; pero sobre este punto destacaremos el detalle importantísimo de que la cantidad axiológica no es de na-

turalidad matemática porque no es susceptible de ser medida (88).

Ahora bien, nuestra concepción de la experiencia jurídica y su enfoque central de que la norma sólo es una representación conceptual de la conducta en tanto conducta, permite llevar hasta sus últimas consecuencias una verdad ya advertida por la ciencia del Derecho: la de la identidad fundamental entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario. Ambos son igualmente derecho y el Derecho en ambos manifiesta una misma esencia; las diferencias afectan únicamente a ciertas modalidades y accidentes. Pero para que esta identidad fundamental entre uno y otro derecho funcione, en nuestro tema, dentro de la concepción científica tradicional, ésta tiene que concebir la norma consuetudinaria como una orden mítica, es decir como una orden que nadie ha dado porque se recurre a la ficción de que la sociedad (en lugar del Parlamento), en cuanto ente distinto de sus miembros, prescribe a éstos un comportamiento. En caso contrario hay que decir que la norma consuetudinaria, a diferencia de la legislada, es un concepto representativo de una conducta efectiva; con lo cual se destruye la identidad esencial entre los derechos consuetudinario y legislado porque se afirma una diferencia ontológica entre las normas jurídicas de uno y otro: aquéllas como conceptos y éstas como órdenes. En este punto, pues, la concepción tradicional oscila entre una ficción (la orden mítica) y la invención de una diferencia ilusoria (la norma-concepto y la norma-mandato); con lo primero se pide ayuda a temas sociológicos ajenos y espúreos a la ciencia del Derecho (la sociedad como ente diverso de sus miembros, etc.); y con lo segundo se hiere gravemente la posibilidad de una teoría general del Derecho.

Veamos este asunto desde nuestro ángulo para llegar desde aquí a la respuesta de la pregunta fundamental que tenemos

(88) JOSÉ ORTEGA y GASSET, *¿Qué son los Valores?*, en "Revista de Occidente", IV, 62; Madrid, octubre de 1923.

pendiente, pues de acuerdo a nuestro planteamiento la norma es, por igual, mera representación de una conducta tanto en el derecho legislado como en el derecho consuetudinario, consistiendo la diferencia en uno y otro caso, en la simple circunstancia modal de que la norma consuetudinaria representa un comportamiento directo y espontáneo, en tanto que la norma legislada uno que es reflexivo y auto-consciente.

Un ejemplo sencillo de la vida diaria nos aclarará esta distinción: Yo quiero un libro y para adquirirlo, al salir de mi oficina, voy a comprarlo en la librería. Claro está que en esto, puesto que se trata de una actitud consciente, tengo la representación de lo querido (el libro), pero no necesito tener la representación de mi querer efectivo (todo lo que hago para procurármelo) que integra aquella actitud consciente. Este querer — que es conducta — es directo y espontáneo, sin que la falta de su propia representación comprometa para nada el carácter de consciente que tiene el acto que se realiza con él, como es obvio. Pero nada impide que en un acto de conocimiento ulterior que verse sobre mi querer, yo me lo represente por reflexión. Ahora bien, esta última representación conceptual puede constituirse siguiendo dos caminos: es una narración si me represento mi querer con la Lógica del ser; pero en cambio, si me lo represento con la Lógica del deber ser, es una norma porque la representación consiste entonces en imputar al primer acto de mi comportamiento, el último acto como habiendo debido ser; y así diría “dada la conclusión de mi trabajo, debió ser la adquisición del libro”; siendo de notar que con frases como ésta, con la cópula deber ser, aludimos a nuestra conducta cuando queremos excusarnos frente a otra obligación; por ejemplo, para explicar un retardo diremos “fuí a comprar este libro”, pero para excusar el mismo retardo diremos “debía comprar este libro”. Esta constitución a posteriori de la representación normativa es el caso de las normas consuetudinarias, con la salvedad de que en el ejemplo se trata de una norma individualizada y nuestro análisis está dirigido a las normas generales. Se verá pronto qué otra cosa

queremos ilustrar con esa diferencia, que no afecta la cuestión principal.

Pero indudablemente también puedo tener la misma representación conceptual de mi querer, antes de ir a la librería; diría entonces, en tiempo presente, "dada la conclusión de mi trabajo, debe ser la adquisición del libro". Así no sólo lo querido (el libro), sino también el querer (mi conducta) son lo consciente de mi comportamiento; éste es, en consecuencia, reflexivo y auto-consciente. Es el caso de las normas legisladas, con la misma salvedad precedente.

Con todo — y esto es lo importante — es obvia la identidad substancial de ambas situaciones, sea que piense a mi querer antes o después de comprar el libro; identidad de situaciones en cuanto la norma del ejemplo es mera representación de mi conducta como libertad y no orden u obligación de ninguna especie: la norma no determina ni constituye mi conducta de ninguna manera; simplemente la espeja o representa en su libertad. Y esta desconexión entre la norma y la constitución de la conducta se hace patente hasta la evidencia en el primer caso, cuando el comportamiento es directo, porque entonces resulta una imposibilidad semejante influencia constitutiva o causal, pues cuando la norma ha llegado a ser (y el ser de la norma como concepto es su ser en la conciencia y nada más), la conducta del caso ya estaba concluida y efectuada.

Es claro que además de la diferencia señalada, en el sentido de que en nuestro ejemplo hemos utilizado un concepto imputativo individual y de que, en cambio, las normas legisladas y consuetudinarias son conceptos imputativos generales, habría que destacar otra diferencia: Las normas legisladas y las consuetudinarias son normas jurídicas y, en tal sentido, tienen una estructura lógica disyuntiva que coordina una sanción con el hacer positivo (ver más adelante cap. VIII), en tanto que a la acción de ir a la librería la hemos utilizado como ejemplo al margen de toda modalidad (técnica, moral o jurídica); para verla en su aspecto jurídico deberíamos de haberla concebido con estructura disyuntiva coordinada a la

conducta del librero ⁽⁸⁹⁾. Pero todos estos detalles no nos interesan por ahora; aquí lo único que queríamos destacar es que la norma es un concepto que representa la conducta y no una orden que la provoca o causa, habiendo obtenido una prueba irrefragable de esto con el caso en que semejante causalación resulta una imposibilidad; es decir cuando se trata de una norma individualizada referente a la conducta directa y espontánea. Esta situación de evidencia quisimos destacar cuando elegimos para el ejemplo, una norma individual, no obstante que nuestra investigación se dirige a normas generales. Pero la situación así revelada de que la norma nada añade al comportamiento, sino simplemente lo representa, es la que realmente se da en toda norma, sea general o individualizada, sea legislada o consuetudinaria, como verifica una reducción eidética del punto y como corrobora el hecho de que, desde este ángulo, desaparecen las dificultades teoréticas con que se enfrenta la ciencia del Derecho en esta materia. Y frente a ello no tiene importancia que los juristas sigan diciendo que la ley manda algo o que la ley obliga a los súbditos y jueces, siempre que con estas expresiones no se equivoque el sentido de los pensamientos; es decir siempre que en estas expresiones esté vivo su mero sentido metafórico y ellas sólo sean la comodidad pragmática de allanarse al lenguaje común, tal como hacemos cuando seguimos diciendo que “ha salido o se ha puesto el sol”.

Ahora bien, la circunstancia de que la norma en tanto concepto es pensada a-posteriori de la conducta, en el derecho con-

(*) Para las estructuras modales del conocimiento normativo, además de lo que diremos en el capítulo VIII de la presente obra, ver *Cosso, Teoría de la Conducta*, N° 37. Sin duda hay una fuerte dificultad, que presentan los hechos, para concebir una conducta particular, sobre todo si es jurídica, al margen del enfoque reflexivo; pero en esto hay que quedarse con la esencia y poner entre paréntesis todo el resto, como recomienda HUSSERL, *Ideas*, N° 31; London, 1931, Allen & Unwin. De otra manera, para aceptar nuestra tesis, sólo queda el camino demostrativo de aceptarla por las consecuencias provechosas que tiene en la concepción teórica del Derecho, en cuanto la limpia de dificultades y contradicciones.

suetudinario, porque la conducta es directa y espontánea, en tanto que en el derecho legislado es pensada a-priori de la conducta porque ésta es reflexiva y auto-consciente, es una circunstancia decisiva para entender aquella certidumbre que favorece al derecho legislado. En efecto, en el derecho consuetudinario la norma general se constituye en la sentencia del Juez; lo que existe de antemano es el comportamiento ya estructurado imputativamente de cierta manera, pero la representación conceptual de este comportamiento general o costumbre no existe hasta la sentencia judicial; por eso la doctrina tradicional dice que, en el derecho consuetudinario, el Juez sólo reconoce o se atiene a la costumbre, indicando con esto que la práctica o usos (la conducta) ya existen como *hecho* y que en la sentencia sólo se toma conocimiento de esta existencia. Esta posición eminente en que está el Juez en el derecho consuetudinario, es generalmente admitida; y por eso ha podido decir Mayer que “el Derecho consuetudinario no es posible sin la práctica judicial (o administrativa). Mientras la justicia no se manifiesta en un sentido u otro — y no basta con que lo haya hecho una sola vez —, es totalmente incierto si la norma ha encontrado o no reconocimiento jurídico” (90).

Para entender a fondo este aspecto de nuestro problema, es necesario ver en qué posición están el Legislador, el Juez del derecho consuetudinario y el Juez del derecho legislado respecto de la norma general, pues respecto de la sentencia no hay problema: ambos jueces están en la misma posición y ambos crean de la misma manera una norma individualizada. Nosotros diremos que el Legislador crea la norma general, el Juez

(90) MAX ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, 136, Barcelona, 1937, Labor. Y GIOELE SOLARI, hablando de la formación del derecho inglés en *Individualismo e Diritto privato*, 323, ed. cit., dice: “Tales usos y costumbres una vez consagrados en las sentencias de los jueces adquirirían fuerza obligatoria, se elevaban a normas jurídicas constantes y uniformes con valor para todos los casos análogos... La formación del derecho privado cual se desenvolvía desde siglos por la obra, si no exclusiva, sin duda preponderante y decisiva del poder judicial”.

del derecho consuetudinario la piensa y el Juez del derecho legislado la re-piensa.

Re-pensar es pensar el pensamiento pensado antes por otro; no es pensar el mismo algo que otro pensó. El Juez del derecho legislado actúa, pues, sobre el pensamiento del Legislador. Y como todo pensamiento es pensamiento de algo, veremos más adelante que para la Escuela exegética el pensamiento del Legislador es lo pensado por él en su contingencia histórica, en tanto que la Escuela dogmática, con el mismo pensamiento del Legislador, descubre la posibilidad de pensar otros "algos".

Crear la norma, en cambio, es tener en la conciencia el concepto normativo pero con prescindencia de la intuición del objeto representado (la conducta); de modo que se puede crear una norma legal tanto antes como después de que exista el objeto representado ⁽⁹¹⁾, siempre que en su constitución se haya prescindido de la intuición correspondiente. Esta prescindencia hace que una norma legal, en tanto concepto, no pueda ser calificada con la antinomia de verdadera o falsa porque esta calificación proviene de la intuición que verifica el concepto. La norma legal es verdadera o es no verdadera en el sentido de que puede hacerse verdadera, según antes anotamos.

Por último, pensar la norma es tener en la conciencia el concepto normativo pero sin prescindir de la intuición del objeto representado y por eso la norma pensada puede ser calificada de verdadera o falsa. Con todo, como es claro, la constitución de la norma en tanto concepto representativo de la conducta, se produce por igual y de la misma manera siendo pensada o siendo creada, porque la norma se constituye cuan-

(91) Por ejemplo, si el Congreso argentino establece que la mujer casada añade a su nombre el apellido del marido o si establece un nuevo impuesto, en ambos casos hay creación de una norma legal. Allí existe por anticipado la conducta normada y acá no, pero en ambos casos el acto que constituye la norma está desconectado de la intuición que ofrece la experiencia y por eso ésta no puede verificar el concepto como verdadero o falso.

do ella es un dato de la conciencia. Crear y pensar son la misma cosa en lo que concierne al concepto en sí, es decir a la norma.

Esta situación de que la norma pensada puede ser verdadera o falsa y la norma creada puede ser verdadera o hacerse verdadera, es algo imposible de digerir con la Lógica del ser porque las tres cualidades (verdadero, falso y hacerse verdadero) no caben en los juicios considerados por su calidad, pues como es sabido éstos son únicamente positivos o negativos: a lo verdadero sólo puede oponerse lo falso, pero no el hacerse verdadero. Sin embargo es de recordar que Kant afirmó en la modalidad de los juicios, la categoría de juicios indefinidos con un predicado negativo (S es P, S no es P, y S es no P) ⁽⁹²⁾; y aunque la diferencia de matiz entre los juicios negativos e indefinidos es generalmente reconocida, es lo cierto que la aportación kantiana no ha tenido trascendencia porque como dice Lalande, Kant no supo sacar de ella otro provecho que la simetría de sus cuadros esquemáticos. Pero en la esfera de la Lógica del deber ser el científico encuentra corroborada por los hechos la categoría de los juicios indefinidos, porque se trata de una experiencia cambiante con libertad; así, por ejemplo, junto a las proposiciones “el inquilino debe pagar lo convenido” y “el inquilino no debe pagar lo convenido”, subsiste la proposición “el inquilino debe pagar lo no convenido” cuando es el caso de una compensación, transacción, condonación, ejecución, etc. Con esto no nos referimos a la relación de los juicios en una proposición disyuntiva (A debe ser o B o C), ⁽⁹³⁾ sino a la calidad del juicio en cuanto represen-

⁽⁹²⁾ KANT, *Critique de la Raison pure*, 106 y 201; Paris, 1927, Alcan. A. PFÄNDER, en su *Lógica*, 110, ed. cit., esboza otra significación para los juicios indefinidos; pero él mismo la compromete cuando concluye afirmando que el predicado negativo “no suprime en modo alguno la referencia negativa del juicio negativo”, de modo que mediante el artificio de un concepto oscuro y artificial se tiene la ilusión de haber escapado al juicio negativo. Ver también ANDRÉ LALANDE, *Vocabulaire de la Philosophie*, I, 422, Paris, 1928, Alcan.

⁽⁹³⁾ El juicio disyuntivo y la distinción entre disyunción predicativa y proposicional, que resulta con lo último fundamental para la Ló-

ta una realidad; y en este sentido, en la Lógica del ser, como la realidad está creada, no cabe sino afirmarla o negarla; pero en la Lógica del deber ser, que se dirige a una realidad que se está creando constantemente, cabe que la representación se haga verdadera; aquí tiene cumplimiento constructivo la exigencia de Kant a propósito de los juicios indefinidos, de que “la lógica trascendental considera también al juicio en cuanto a la materia o contenido de la afirmación lógica”.

De todo lo dicho resulta que una sentencia en un régimen consuetudinario no solamente es la creación de una norma individualizada [porque dice, por ejemplo, que Fulano de Tal debe ser recluso por veinte años ⁽⁹⁴⁾], sino que además es el acto de conocimiento de una conducta general o constitución de una representación general (norma consuetudinaria). Esta sentencia, respecto de su norma individual, es conducta reflexiva y auto-consciente; pero respecto de su norma general alude a una conducta directa y espontánea, de la que la sentencia es su representación a-posteriori. La posición emittente en que encontramos al Juez en el derecho consuetudinario proviene sólo de este acto de conocimiento en que se constituye la norma general en tanto representación conceptual de la conducta. No se trata de que el Juez reconoce una norma general pre-existente en el sentido moral de que acata u obedece un mando; se trata de que reconoce un comportamiento general como existente, en el sentido puramente cognoscitivo de que toma conocimiento de él, al representárselo en su generalidad mediante el concepto adecuado. Es así que, en el derecho consuetudinario, cada sentencia definitiva, en cuanto interpretación, tiene la misma fuerza que lo que se llama

gía jurídica, no nos interesa por el momento porque ahora sólo deseamos fundamentar y distinguir la norma creada, de la norma pensada. Aquel tema está tratado en nuestra *Teoría de la Conducta*, N° 37, y haremos larga alusión más adelante en el cap. VIII de este trabajo.

(94) Sobre la norma individualizada como creación jurídica, ver CARLOS COSSIO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*, cap. II, publicación citada.

interpretación auténtica en el derecho legislado ⁽⁹⁵⁾ porque allí el Juez y aquí el Legislador realizan el acto representativo de la conducta general, es decir la constitución de la norma general en cuanto concepto, aunque esa constitución sea creada en el segundo caso.

Diferente es la posición del Juez en el derecho legislado, quien hace lo mismo que el Juez del derecho consuetudinario respecto de la norma individualizada, pero quien, respecto de la norma general, se limita a conocer un concepto general creado por el Legislador, pero no a conocer una conducta general. La ley (que en sentido estricto es un concepto imputativo creado por el Legislador) no "obliga" a los súbditos sino a los jueces; esto suena a paradoja, pero el análisis no deja lugar a dudas sobre el punto; y en esto tampoco se trata de obligación de obediencia, sino de estructura imputativa. Veamos: Si yo comprador debo pagar el precio no es porque la ley (en sentido estricto o conceptual) lo mande, sino porque he recibido la cosa vendida; mientras el precio y la cosa vendida estén mutuamente imputados, el pago debe ser; y esta imputación es una realidad de la experiencia jurídica, es un dato último de conducta como es la sensación de rojo en el orden físico, es un trozo de la realidad social que se nos ofrece en su realidad para ser pensado. Ocurre que a semejante dato también lo llamamos ley en sentido traslaticio (del concepto al objeto representado), aunque entonces decimos, eso sí, que es una ley *vivida* y no letra muerta. Pero el correspondiente artículo del Código, que como expresión y como concepto es lo creado por el Legislador, sólo representa esa imputación real, acaso por anticipado pero siempre con prescindencia de la intuición correspondiente que lo verifica o lo puede verificar.

(95) La expresión "interpretación auténtica" está acuñada en la doctrina para señalar una nueva ley que aclara el sentido de otra ley precedente; se trata pues de un acto legislativo que tiene por contenido la ley que es motivo de la interpretación. En consecuencia la interpretación auténtica es un nuevo dato jurídico y no una teoría para aprehender este dato.

Yo comprador puedo no pagar el precio y entonces debe ser otra cosa (la sanción) también representada en el Código. En este punto la concepción ingenua dice que la ley ya no me da la orden a mí sino al Juez; ¡extraña norma que toma mi conducta en ambos casos, y que por lo tanto se dirige a mí, pero que, como mando, se dirige a veces a mí y otras al Juez! La verdad es que toda esta centrifugación y dispersión de problemas son para la ciencia una superfetación de pseudo-problemas. La ley no manda nada, sino representa una conducta en su libertad, aunque la represente por anticipado. Y es otro problema ajeno a nuestra cuestión el proceso de motivación psicológica del súbdito en cuya virtud se paga el precio para que no ocurra lo que debe ser si no se lo paga ⁽⁹⁶⁾.

El Juez, a su turno, también está sometido al orden jurídico y, por lo tanto, su conducta está también normada, es decir representada conceptualmente por anticipado. Sólo que los hechos imputados con cuya imputación vamos a representarla, no son el precio y la cosa vendida en nuestro ejemplo, sino los conceptos generales constituidos por el Legislador (las leyes); es decir que para representar la conducta del Juez hay que tener en cuenta el hecho de ciertos conceptos generales formulados. El Juez, en efecto, debe sentenciar siempre, pero debe sentenciar de acuerdo a lo que dicen las leyes ⁽⁹⁷⁾; y si no sentencia o sentencia de otra manera, debe ser otra cosa que también está representada normativamente.

El Juez del derecho consuetudinario también debe sentenciar de acuerdo a las normas generales consuetudinarias, pero mientras acá es él mismo quien constituye la norma representativa de la costumbre, según hemos visto, de modo que no cabe la posibilidad de un desconocimiento del concepto que ha constituido (y por eso su sentencia siempre tiene el valor

⁽⁹⁶⁾ CROCE, *Filosofía della Pratica*, lug. cit. en la nota 63.

⁽⁹⁷⁾ El aspecto lógico general de este deber, está tratado a fondo en COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cap. II, ed. cit. Ver también COSSIO, *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, p. 25, ed. cit.

de interpretación auténtica); el Juez del derecho legislado tiene que conocer la comprensión del concepto imputativo constituido por otro. Y de aquí nacen todas las cuestiones tradicionales de la interpretación judicial de la ley que, por eso, no es ni puede ser interpretación auténtica.

El Juez, pues, debe sentenciar como dice la ley porque es el hecho de la ley en tanto concepto formulado, lo que va a quedar imputado para representar o normar, que es lo mismo, su conducta en tanto Juez: Dado el hecho de ser Juez, debe ser la sentencia conforme a ley. He aquí otra conducta representada por una norma cuyo carácter lógico puro no nos toca estudiar ⁽⁹⁸⁾, siendo bastante recordar, para advertirlo, que la noción de Juez es estructura y no contenido del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el deber del Juez de sentenciar de acuerdo a lo que dice la ley, tampoco es un deber de obediencia; así considerado escapa a toda investigación científica; para la ciencia, la conducta del Juez también está simplemente representada; pero la intelectualización de esta cuestión es infinitamente sutil en la enorme trascendencia que tiene para la teoría de la interpretación judicial:

Si la norma constituida por el Legislador es un concepto representativo de la conducta de los súbditos, en la esencia lógica de su ser concepto está incluido que sea verdadera; este es el sentido de lo lógico ⁽⁹⁹⁾; de manera que al decir la norma no constituida (la norma pura, que es constituyente): Dado el hecho de ser Juez debe ser la sentencia conforme a ley, se viene a decir en rigor: Dado el hecho de ser Juez, al sentenciar debe ser verdad lo que dice la ley. Y la única manera de que sea verdad lo que dice la ley (puesto que ella es la representación de una conducta de los súbditos), es que los súbditos se comporten como dice la ley. Por eso el Juez procede en forma de hacer que los súbditos se comporten de una u otra de las maneras que dice la ley, porque es el único modo de que

⁽⁹⁸⁾ Ver nota 97.

⁽⁹⁹⁾ Ver nota 1.

su propia conducta quede representada en la norma pura que a él le es inmanente por ser Juez y necesaria para ser Juez.

Pero en este punto nuestra cuestión desemboca en un lugar grávido de interno dramatismo, en su extraordinaria fuerza para resolver todas las dificultades que no han sabido resolver las concepciones tradicionales de la interpretación de la ley. Con excepción de los conceptos aritméticos, los conceptos generales o genéricos representan la calidad de los objetos, pero no la cantidad. Por ejemplo, "rojo" alude a esa calidad de color como diversa de lo azul y amarillo, pero no al grado de rojez; "casa" alude a esa calidad que hace que una casa no sea un río o una planta, pero no a si ha de ser grande o pequeña o al número de habitaciones que ha de tener; "triángulo isósceles" alude a la calidad que lo distingue del escaleno, pero no a su tamaño. La esencia del objeto, pues, está representada en su calidad cuando lo pensamos; sólo hacen excepción los objetos aritméticos acaso porque su esencia es únicamente cantidad (100).

(100) Esta tesis tiene amplia fundamentación en KANT, *Critique de la Raison pure*, 568 y 569, ed. cit.

PLATÓN, en diversos pasajes del *Fedón*, la *República* y el *Timeo*, sustenta la tesis de que los números, o por lo menos los números-ideas, difieren no sólo en cantidad sino también en calidad. Platón distingue entre números sensibles, matemáticos e ideales (*República*, libro VI, 510-d, ed. cit.; *Timeo*, 53-d, Paris, 1925, Les Belles Lettres). Acaso en lenguaje moderno debamos de decir, por ejemplo, que el 6 y el 7 no difieren sólo en un unidad, sino también en propiedades cualitativas, como la irracionalidad del segundo, porque cada número es un objeto de por sí con independencia de los otros números. No nos sentimos autorizados para dar una interpretación firme de esta teoría platónica, que recordamos porque la noción objetual de los números ha vuelto a ganar cietro ponderable predicamento en el pensamiento contemporáneo (ver DAVID GARCÍA BACA, *Introducción a la Lógica moderna*, 18, ed. cit.). Pero para nuestro propósito, aun limitada la calidad en los términos sustentados por Kant, el problema que de aquí se deriva para el Derecho es el mismo, tal como se lo ve en el texto, porque ninguna norma puede estar exclusivamente constituida por referencias matemáticas, desde que la conducta es un fenómeno de la realidad.

Así por ejemplo, aunque una norma penal contenga una única determinación matemática como pena, aún así la norma alude a otros objetos

Esta cuestión se agudiza grandemente para nosotros si recordamos que la dimensión de cantidad en el dominio de los valores no es matemática, de modo que si una ley representa conceptualmente una determinada valoración de conducta, como efectivamente es, esto quiere decir que el Juez llega a una determinación de la cantidad de esa calidad. En este caso es necesariamente el Juez quien pone la determinación de cantidad axiológica que falta, cuando la ley, en tanto deber ser del Juez, es en su sentencia. La ley le define al Juez un cierto orden, una cierta paz, una cierta justicia, en una palabra una cierta valoración jurídica, entregándole una calidad; pero como no le entrega ninguna cantidad lógica, el grado de ese orden, de esa justicia, etc. van a venir sólo de la vivencia estimativa del Juez.

Este problema se plantea de diversa manera en el derecho consuetudinario. Un cambio de jurisprudencia puede cambiar aquí no solamente la cantidad de la valoración jurídica, sino también su calidad. Pues así como no ofrece dificultad concebir que una ley, substituyendo a otra, cambie la valoración jurídica, así tampoco embaraza pensar que una costumbre reemplace a otra. Y como la representación imputativa general se constituye también en la propia sentencia, resulta que la sentencia en el derecho consuetudinario puede cambiar, no sólo la cantidad, sino también la calidad de la valoración jurídica cualquiera sea ésta; por ejemplo puede pasar del mayorazgo al régimen hereditario de todos los hijos cuando ya se acostumbra suficientemente esto último.

Pero en el derecho legislado las fluctuaciones de la jurisprudencia están limitadas a mutaciones en la cantidad de la valoración jurídica, no a mutaciones en la calidad cuya representación retiene la ley. En esto consiste la certidumbre

reales y por lo tanto cualitativos: año, homicidio, reclusión, ser humano, etc.

RICKERT sustenta, con un profundo análisis, el punto de vista kantiano que todavía es el dominante (*Ciencia Cultural y Ciencias Naturales*, 36, Madrid, 1922, Calpe).

del derecho legislado, que era nuestra interrogación pendiente; certidumbre que es una seguridad posible del conocimiento para conocer la calidad de la valoración jurídica positiva.

Esta certidumbre nada tiene que ver con las fluctuaciones de la jurisprudencia en un régimen legislado, que por su sentido son determinaciones cuantitativas de valor que hace el Juez ⁽¹⁰¹⁾. Pero se trata de la cantidad lógica, como dijimos; no de ninguna matematización del problema, que incluiría un grueso error metodológico.

Desde el punto de vista de la cantidad lógica, la relación entre una ley y la sentencia, en cuanto esa relación es un acto de conocimiento, es la del género a la especie, por cuya razón la doctrina tradicional ha visto en el acto de sentenciar una subsunción lógica y nada más. Sin duda la diferencia entre el género y la especie es cuantitativa, no cualitativa; es decir, el género más extenso que la especie; por ejemplo, entre vertebrado y mamífero hay diferencia de cantidad, no de calidad. Pero en cambio entre dos especies hay, sí, diferencia de calidad, por ejemplo entre ave y mamífero; y no la hay entre alguna de ellas y su género.

Volviendo a nuestro ejemplo del comprador y de la cosa vendida, esto quiere decir que para las partes en litigio por un contrato de compra-venta, el cambio de jurisprudencia resulta un cambio de calidad o especie porque ellos atienden al precio y a la cosa con los cuales están respectivamente identificados, de modo que para ellos lo principal es la relación en que la sentencia deja al precio y la cosa, por contraposición a otra relación en que hubieran podido quedar. Evidentemente cada relación en que pueden quedar el precio y la cosa dentro del mismo contrato, es una especie diferente dentro de éste.

⁽¹⁰¹⁾ Nos referimos, naturalmente, a las sentencias de acuerdo a ley en la teoría jurídica. Las sentencias contra ley ingresan dentro de la teoría jurídica solamente con el concepto categorial de revolución; pero de ellas no nos ocupamos ahora. Sobre este tema, ver COSSIO, *El Concepto puro de Revolución*, N° 34 y sigtes, ed. cit.; y COSSIO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*, en "La Ley" del 21 de diciembre de 1940, pág. 3, pub. cit.

Pero el Juez, por ser precisamente Juez, no atiende al precio y a la cosa, sino a la valoración jurídica; para el Juez no se trata de un precio y de una cosa, sino de un orden, una seguridad, una justicia, etc., es decir siempre de una función superior que califica de pública. Ya sabemos que toda norma jurídica tiene un contenido necesario y un contenido contingente; ahora se advierte que el Juez y el súbdito ven estos contenidos desde dos perspectivas opuestas: para el súbdito, una norma jurídica es, en primer término, su contenido contingente que ejercita como derecho subjetivo; y sólo en segundo grado es valoración jurídica. Pero el órgano del Estado, por ser órgano, la ve en dirección contraria; es decir primero como valoración jurídica y sólo atrás de ésta aparece el contenido contingente que concreta y corporiza la valoración. Lo que el Juez se pregunta en cada caso es si con su sentencia se realiza el orden que “quiere” la ley, la seguridad que “quiere” la ley, la justicia que “quiere” la ley, etc., sin atender a la conveniencia de los interesados en cuanto ésta difiera de la valoración. Y así, como valoración jurídica, la sentencia está siempre respecto de la ley, en la relación de la especie respecto del género. Por eso el Juez, tanto antes como después del cambio de jurisprudencia, entiende haber aplicado por igual la ley, pues si ésta decía “entregar un mamífero”, el Juez cumple con ella tanto si hace entregar un caballo como si hace entregar un perro (102).

El problema de cada caso para el Juez es, pues, el siguiente: ¿Con cuál de las especies la valoración jurídica cobra realidad, es decir, con cuál de las especies se realiza el orden que “quiere” la ley, la seguridad que “quiere” la ley, etc.? O

(102) El ejemplo, naturalmente, puede ser real, pero nosotros lo damos en sentido alegórico; en lugar de “mamífero” póngase cualquier figura jurídica, v. g. la famosa disposición del art. 3582 del Código Civil argentino en cuya virtud el nieto natural no hereda al abuelo natural, que tanta discusión ha provocado con sus tres especies principales (abuelo y padre naturales, abuelo natural y padre legítimo, y abuelo legítimo y padre natural) y las siete jurisprudencias que resultan de combinar aquellas tres especies.

dicho sin metáfora: ¿con cuál de las especies se hace verdadera la valoración jurídica representada en la ley? Y esto, desde el punto de vista lógico, ya no es una pura subsunción sino una creación dentro de la subsunción, como dice Kelsen con rigurosa exactitud ⁽¹⁰³⁾; pues la elección de la especie es un acto estimativo: la única razón que, para elegirla, tiene el Juez en tanto Juez, es que la especie elegida y no otra, realiza el orden, la seguridad, la justicia, etc. representados genéricamente en la ley. Y esa vivencia de un sentido que determina la elección del Juez, es inseparable e inalienable del Juez porque es vida humana viviente; es ontológicamente patrimonio originario del Juez.

Con esto precisamente se ve que la valoración jurídica, en su cantidad, está en función con las circunstancias del caso; circunstancias que no están ni pueden estar en la ley porque la ley no es ningún caso. La vivencia del orden, de la seguridad, de la justicia, etc. está condicionada necesariamente por las circunstancias del caso porque precisamente son ellas que van a ser valuadas; ⁽¹⁰⁴⁾; de modo que variando las circuns-

⁽¹⁰³⁾ Ver más adelante cap. V; y COSSIO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*, cap. II, pub. cit.

⁽¹⁰⁴⁾ Es claro que esta misma necesidad de conectarse con el Derecho, en que están las circunstancias del caso, hace que no hayan podido pasar inadvertidas para los juristas. Pero la manera con que se ha concebido, o más frecuentemente, sobreentendido esta conexión es lo que nos aleja del pensamiento tradicional. Muy ilustrativo es el caso de Kant, en la interpretación que da SOLARI, *Individualismo e Diritto privato*, 232, ed. cit.: “Existen según Kant condiciones de hecho que impiden a los tribunales la aplicación pura y simple del principio jurídico objetivo. Mientras el Legislador pone el principio con abstracción de sus aplicaciones, el juez debe considerar el principio en relación con el caso que debe juzgar: esto perturba la lógica jurídica abstracta y hace que la sentencia del juez no pueda estar desprovista de elementos subjetivos, empíricos”.

Como puede apreciarse es el pensamiento de la subsunción lógica lo que informa a este pasaje, tomándose por una impureza en la subsunción lo que es un proceso totalmente diferente (la cuantificación del género y la elección consiguiente de una especie que lo realice). Por lo demás no es exacto que la ley formule un principio con prescindencia de las circunstancias del caso como lo comprueba el hecho de que las leyes son diferentes de país a país, etc. En realidad el nexo entre las circunstancias del caso y el Derecho está totalmente desenfocado por-

tancias puede variar la valoración, con lo cual la elección del Juez se desplaza de una especie para escoger otra de las contenidas en la ley. Diciendo la ley "mamífero", es claro que el Juez cumple con ella tanto con un tigre como con un perro porque estos dos conceptos se subsumen por igual en aquél; pero es igualmente claro que el orden y la seguridad no quedan igualmente bien parados con uno u otro; la elección de uno u otro se fundamenta pues en un acto estimativo y no en la mera subsunción lógica. También es claro que la calidad representada por la ley puede ser más específica, por ejemplo decir perro en vez de mamífero; pero de nuevo las circunstancias del caso condicionan el problema de cantidad que estamos analizando, pues si se ha de entregar un foxterrier o un sanbernardo para realizar un orden y una justicia, dependerá de que se trate de la vida en un pequeño departamento o de una ascensión al Aconcagua. De esta manera se ve que es la vivencia judicial de la valoración jurídica la que cuantifica la valoración representada cualitativamente en la ley, porque es esa vivencia el dato jurídico que dice que el orden representado, llevado hasta esta especie, es orden y llevado hasta esta otra, es ya desorden. Y lo mismo para los otros valores.

Todo esto nos permite formular las siguientes conclusiones:

1º) La decisión judicial en el derecho legislado no puede alterar la calidad contenida en la ley: cuando ésta dice mamífero, no se puede entregar un pájaro. En este sentido la ley se refiere a los casos que comprende.

2º) La cantidad lógica no está determinada, de modo que cualquier especie, en su carácter de parte respecto del todo genérico, puede ser lógicamente escogida sin alterar la ca-

que no se advierte que la experiencia jurídica es experiencia estimativa, es decir porque no se advierte que el Derecho es conducta, en cuyo caso no cabe conceptuarlo, ni en particular ni en general, al margen de las circunstancias del caso.

lidad. En este sentido la ley está referida a los casos por el Juez, como sucede en los cambios de jurisprudencia en que casos antes comprendidos quedan excluidos o vice-versa.

3º) La elección de la especie por el Juez es una operación lógica respecto del contorno externo o límite del concepto jurídico-legal, es decir respecto de lo que él no abarca; pero es un acto de voluntad respecto de lo que abarca o comprende.

4º) La elección legítima es una cosa diferente de la elección correcta. La esfera de corrección es un pequeño círculo dentro de la esfera de legitimidad.

5º) La elección correcta es aquella que escoge la especie que realiza la valoración jurídica, lo cual es ajeno a las pretensiones de los litigantes.

6º) La corrección de la elección no le quita a ésta su carácter de acto de voluntad judicial, pues cualquier elección es siempre un acto de voluntad y aquella corrección sólo se refiere al fundamento del acto.

7º) Este fundamento, referido a lo que el concepto jurídico comprende dentro de su contorno, siempre es estimativo; a este respecto la diferencia entre la elección correcta y las incorrectas consiste en que aquélla se determina por la valoración jurídica, es decir por el orden, la seguridad, la justicia, etc., en tanto que éstas se determinan por valoraciones de diferentes contenidos (intereses, sentimientos de tipo personal, creencias, convicciones de clase, etc.).

8º) La valoración jurídica, en cuanto fundamento de la elección correcta, es una realidad subjetiva porque es la realidad, en la conciencia, de un sentido (de orden, de seguridad, etc.) vivido por el Juez y no una realidad de otra especie.

9º) Esto no obstante la corrección de la elección, y con ella el valor objetivo de la valoración, se verifica en la experiencia jurídica porque allí aparece su efecto es decir porque allí aparece con ella el orden o el desorden, la seguridad o la inseguridad, etc. como un dato estimativo que es un modo de vida real.

Es así, entonces, que las circunstancias de cada caso juegan fundamentalmente para que el Juez tenga la vivencia de que éste y no otro contenido es el que realiza la valoración jurídica representada en la ley: la valoración jurídica y las circunstancias del caso están correlacionados. A veces los preceptos jurídicos se remiten a las circunstancias del caso; pero la verdad es que no se ve la posibilidad de prescindir nunca de las circunstancias del caso, si se trata de un valor de conducta, como sucede con el Derecho positivo. Frecuente es que, concurriendo circunstancias excepcionales, los jueces restrinjan lo permitido por las leyes a un grado que va contra todos los precedentes; pero si esto no altera la calidad de la ley y si ello es el único modo de realizar el orden, la justicia, etc., queridos por la ley, ello es la vida propia del Derecho, que es, precisamente, vida. Así la valoración jurídica, a través de las fluctuaciones de la jurisprudencia y dentro de la estabilidad de las leyes, amplía o restringe la libertad de los súbditos en consonancia con las circunstancias que rodean a la valoración.

Con esto, es claro, tocamos dos problemas límites de la teoría general del Derecho que no nos corresponde tratar, pero que debemos dejar enunciados por las conexiones con nuestro asunto.

Uno es la cuestión de que al Juez corresponde no “aplicar” una ley, privándola de vigencia momentánea, no obstante que se den los hechos antecedentes que ella indica, porque en mérito de las circunstancias del caso no se realiza así el orden, la justicia etc., por ella “queridos”. Es el caso en que los jueces argumentan diciendo que la ley tiene un fin superior de orden y que ella no puede negarse a sí misma como ocurriría si se aplicara. El verdadero sentido jurídico de esta situación es que, en tales circunstancias, si se realiza la conducta indicada por la ley, el valor jurídico de esta conducta, es decir esta conducta en tanto valoración jurídica resultante (orden, justicia, etc., resultantes), choca contradictoriamente con la valoración jurídica constitucional, de modo que aplicando la ley se tendría una sentencia anticonstitucional en razón de

las circunstancias del caso, aunque la ley fuera potencialmente constitucional. Si esta situación no puede ser reducida pulcramente a estos términos constitucionales — cosa que la doctrina jurídica tradicional no lo ha sugerido nunca con rigor porque ha preferido hablar de un orden como fin trascendente de la ley —, entonces el juez queda a veces por encima de la ley, contradiciendo con esto otros supuestos de la teoría jurídica en su dinámica y en contradicción también con el punto de partida de que la ley era una orden que debía ser obedecida por el juez. Por lo demás queda sin criterio para precisarse cuándo, por qué y cómo el Juez ejercita este poder que suspende la vigencia de una ley ⁽¹⁰⁵⁾. Esta reducción a términos constitucionales no puede hacerse teóricamente si la ley

⁽¹⁰⁵⁾ FRANÇOIS GÉNY, en *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, I, N° 99, Paris, 1932, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, dice simplemente eludiendo un mayor análisis de tan álgido problema: “Si yo rechazo, en principio, la idea de que la interpretación de la ley debe variar, en su aplicación, con el tiempo, creo sin embargo poder hacerle una concesión; o mejor dicho, llego a satisfacer el punto, en la medida legítima, analizando a fondo la noción propiamente jurídica de la ley. Esta necesariamente supone ciertas referencias sociales, ciertas circunstancias económicas, que aparecen como las propias condiciones de su disposición. A veces estas situaciones y hechos estarán previstos en el mismo texto, otras surgirán a título de complemento indispensable, de la atmósfera social que rodeaba a la ley en su nacimiento y a las cuales hay que tenerlas muy en cuenta para dar a la ley todo su alcance. Suponed que desaparezcan estas condiciones, expresas o tácitas, de la disposición legal, o que se transformen hasta el punto de perder toda su importancia. La prescripción que se subordinaba a ellas, se modificará por eso mismo y cesará de imponerse al intérprete tal como había sido formulada primitivamente”. Esta reserva única Gény la “presenta más a título de simple aclaración”, porque salvo que ella tenga lugar, la ley como entidad autónoma gravita incontrarrestablemente sobre el intérprete; y en la ley nada hay que no sea la intención del Legislador que la creó.

Pero es el caso que lo que Gény señala como situación excepcional, es necesariamente constante en el Derecho porque la experiencia histórica está en constante movilidad. En el próximo capítulo haremos la crítica amplia de Gény; acá simplemente queremos mostrar cómo este autor no ha advertido que la ley siempre está referida por el Juez al caso que considera, y que esta referencia es una cuantificación variable del género legal porque varían las circunstancias del caso; cuantificación que hace la valoración jurídica al optar por una especie y que destruye la tesis de que la ley se aplica siempre de la misma manera y con el mismo alcance.

es una orden que manda cierto efecto contingente en presencia de cierto antecedente también contingente. Sólo advirtiendo que la ley es una valoración de conducta, es decir cierto orden, cierta justicia, etc.; y más precisamente que ella es una concreción del mismo orden, de la misma justicia, etc. representados por la constitución positiva, solamente así puede resultar jurídicamente fundado que, en mérito de las circunstancias, no deba tener lugar el efecto señalado en la ley cuando ocurre el antecedente que ella tiene en cuenta, porque con aquel efecto no se realiza entonces la valoración (y por lo tanto la conducta) que la ley iba simplemente a representar con sus determinaciones contingentes; de la misma manera que con opuestas circunstancias sucede todo lo contrario. Un ejemplo que se presenta a diario en nuestros tribunales es harto ilustrativo: La ley de justicia de paz en Buenos Aires, en su artículo 36, dice que “si hubiere hechos controvertidos, el juez convocará a las partes a la audiencia que señale, dentro de un plazo no mayor de diez días, para que concurran con la prueba de que intenten valerse”. Supongamos que todas las horas disponibles y las que puedan habilitarse dentro de este plazo, estén tomadas por audiencias señaladas (por ejemplo, 100 audiencias de una hora cada una), pero que el número de causas que hayan alcanzado el mismo estado sea mucho mayor, de manera que debe convocarse a 400 audiencias probatorias. Frente a esta situación el magistrado tiene dos caminos: o ubica las 400 audiencias dentro del plazo legal, reduciendo a un cuarto de hora la duración de cada una, suspendiéndolas sucesivamente a cada una para que continúen diez días después y concluir así al cabo de cuarenta días; o convocar a las audiencias excedentes después del plazo legal, con lo cual las postreras de la serie tendrían lugar 30 días después del plazo legal.

Abstractamente el resultado es el mismo, porque la prueba ha tomado un plazo total de 40 días en ambos casos. Pero es claro que si la ley es una orden y el Derecho el cumplimiento de esa orden, la primera solución es la única procedente. Esto, reforzado en el caso por la identidad final de resulta-

dos, parecería indicar que la primera solución es indiscutible como conclusión de un razonamiento deductivo. Sin embargo en la vida del Derecho prima la segunda solución — que a nuestro juicio es la correcta — porque el valor de orden de la primera es un desorden y porque la seguridad o estabilidad del procedimiento queda comprometida. Y bien, para fundamentar la segunda solución, no es el caso de decir que la ley en cuanto derecho tiene una finalidad superior de orden y seguridad, respecto de la cual se muestra inadecuada, porque para que un medio resulte teleológicamente inadecuado debe variar la finalidad y aquí la finalidad no ha variado; sólo han variado las circunstancias del caso, que no son ni la ley ni su finalidad. Tampoco es suficiente decir que la ley presupone ciertas circunstancias, en el sentido de que ella, como una orden soberana, auto-limita su vigencia al caso de esas circunstancias (un reducido número de audiencias), porque aunque la ley se hubiera referido expresamente a la primera solución y hubiera que aplicarla, esta solución no perdería por esto su valor de orden e inseguridad, careciendo, por lo tanto, de “acierto” y cientificidad ⁽¹⁰⁶⁾. Lo cierto es que estas valuaciones son objetivas y que su objetividad no se manifiesta a través de la ley, sino a través de la vivencia del Juez. A nuestra manera de ver el art. 36 citado, como ley, es una simple estructura intelectual; pero como derecho es una valoración jurídica, es decir como ley vivida es un comportamiento con cierto valor, de modo que si el caso no se estructura con el valor en juego, dentro de la ley, el Juez dirá con fundamento que el caso no cabe en la ley; y en consecuencia la ley no será referida, por el Juez, al caso como su estructura. Este ejemplo no es sino un ejemplo más de cómo las leyes no se refieren a los casos sino, al revés, de cómo están referidas a los casos por la valoración jurídica; de todo lo cual, y en particular de la estructuración de las sentencias en tanto derecho, volveremos a hablar en el cap. VIII.

⁽¹⁰⁶⁾ Ver más adelante, cap. IX, sobre lo que significan este “acierto” y cientificidad del Derecho.

El segundo problema límite a que aludimos más arriba, se vincula con el precedente en cuanto aclara de dónde saca autoridad el Juez para operar semejante “suspensión” de los efectos indicados en una ley. Vimos más arriba que, dado el hecho de ser Juez debe ser verdad lo que dice la ley; y que si el Juez procede de otra manera, debe ser otra cosa también representada en el ordenamiento jurídico (revocación de la sentencia o sanción contra el Juez según los casos). En la hipótesis de que tampoco sea esta otra cosa que debe ser, entonces debe ser una nueva cosa; y así sucesivamente debe ser siempre cierta conducta de algún órgano del Estado porque, como se advierte, para que sea lo que debe ser como sanción, debe ser cierta conducta de algún funcionario del Estado (107). Pero si la conducta de estos sucesivos funcionarios no es, en ningún caso, como debe ser, el retroceso nos lleva pronto a un funcionario u órgano que es detentador supremo del poder del Estado. En esta hipótesis ¿qué ocurre si éste tampoco se conduce como debe ser según el ordenamiento positivo? Aquí desembocamos en la teoría de la revolución como fuente originaria del derecho positivo; y es claro que la anterior pregunta, formulada de acuerdo a la concepción ingenua, sólo quiere decir para la ciencia que el ordenamiento jurídico positivo no representa, total o parcialmente, la experiencia jurídica porque aquél es total o parcialmente falso. En casos como el que veníamos considerando, hay de por medio alguna revolución, así sea de carácter individualizado (108). Y puesto que toda revolución incluye una norma fundamental en sentido

(107) En esta correspondencia necesaria entre la sanción y la conducta positiva de un funcionario, hemos fundado principalmente el valor ontológico de la norma secundaria, en contra de lo que dice Kelsen al respecto. Ver COSSIO, *La Normativité d'après l'analyse de la conduite juridique*, N° 5, pub. cit.

(108) Ver COSSIO, *El Concepto puro de Revolución*, cap. III, para las diversas especies de revoluciones y para el pronunciamiento y la revolución administrativa como revoluciones individuales. Ver también COSSIO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*, cap. III, lugar especialmente citado en la nota 101.

kelseniano ⁽¹⁰⁹⁾, esto nos hace ver que así como la representación conceptual del derecho positivo incluye una norma meramente gnoseológica (la norma fundamental), así en todo régimen jurídico positivo en cuanto conducta efectiva hay también una valoración jurídica suprema, la que no está, ni puede estar, en la constitución positiva porque ésta simplemente la representa en cuanto conducta, sino que está en la vivencia estimativa de quienes detentan el poder supremo. En este sentido, como valoración jurídica, es decir como una significación que es realidad sólo porque alguien la vive, la famosa frase atribuida a Luis el Grande, *L'Etat c'est moi*, es exacta porque él era un funcionario supremo.

Es por todo esto que al Derecho, como fenómeno humano real, interesa qué hombres van al Parlamento, al Gobierno o a los Tribunales Superiores, a pesar de que el cuerpo de leyes sea el mismo o a pesar de que provengan de un mismo partido político; ellos integran la experiencia jurídica de un modo eminente, la misma experiencia jurídica a la que la ciencia del Derecho se dirige como a un objeto a conocer; esa experiencia variable, que asombró y decepcionó a von Kirchmann, y que en los funcionarios supremos la vemos en sus más activos focos de creación. ⁽¹¹⁰⁾ Sin duda las leyes estructuran esa experiencia; pero no más; y el Derecho no es la mera estructura. Pero de esto tendremos que hablar largamente en su oportunidad.

Volviendo a nuestro tema actual, habíamos dicho que la ley puede determinar la calidad de su representación con un grado mayor o menor de especificación; y habíamos visto que,

⁽¹⁰⁹⁾ CARLOS COSSIO, *El Concepto puro de Revolución*, N° 42 bis y Apéndice II, ed. cit.

⁽¹¹⁰⁾ Para todo esto, y en particular para la existencia de varias valoraciones jurídicas supremas dentro de un mismo ordenamiento positivo, en razón de la distribución de supremas competencias judiciales, ver nuestro trabajo *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*, última parte, pub. cit., donde, entre otras cosas, se pone de relieve cómo una misma ley jurídicamente puede tener diversa realización en un mismo país, por aquella causa.

dentro de esta calidad así determinada, quedaba siempre indeterminada la cantidad lógica. La ley puede decir vertebrado, mamífero, canino, o terrier; pero cualquiera sea la calidad elegida, dentro de ella queda siempre indeterminada la especie que elegirá la sentencia, por ejemplo un terrier de este u otro color, de esta u otra habilidad, etc. que darán un matiz de relevancia diversa a cada sentencia.

Pero hasta dónde puede llevar la ley esta especificación y de qué medios se vale para especificar?

El proceso de especificación posible no tiene límites; es indefinido; siempre caben dentro de un género varias especies, las que entre sí son calidades diferentes; y si se constituye en género a una de estas especies, dentro de ella de nuevo siempre caben especies. Mientras la ley sea lógicamente general (es decir mientras tome al concepto escogido en toda su extensión), el Juez está con el mismo problema de tomar una u otra de las especies comprendidas, porque la sentencia es una norma individualizada y la ley no; por eso no son materiales y propiamente leyes, sino actos administrativos, las llamadas leyes formales como el presupuesto, la concesión de honores a un ciudadano votada por el Parlamento, etc

Para nuestro objeto la cuestión de saber hasta qué punto ha de ir la especificación legal, es una cuestión que se vincula con la valoración y por lo tanto es una cuestión práctica en el sentido filosófico de esta palabra. En efecto, tanto si el Legislador escoge géneros muy amplios como si escoge géneros muy estrechos, lo que puede quedar en jaque es la valoración jurídica. Por ejemplo, si la ley castiga el homicidio simple con reclusión de un mes a 25 años (amplitud del género), es obvio que el Juez, procediendo con legalidad, no realizaría el orden, la seguridad, la justicia, etc. representados en esta norma, si siempre condenara a un mes a los homicidas. A la inversa, si la ley castigara el homicidio simple con reclusión única de 25 años, es obvio también que con ello, dentro de las circunstancias de cada caso, no se realizarían siempre bien aquellos mismos sentidos de orden, seguridad, justicia, etc.:

la libertad lícita del Juez, estando circunscripta a referir o no la ley a los casos, sería, al decidir, una valoración jurídica gruesa comparada con el modo de valorar que tiene el hombre civilizado. Así, pues, la guía que tiene el Legislador respecto del grado de especificación que vaya a hacer, son las circunstancias verosímiles de los casos como condicionantes de la existencia de una valoración jurídica de la que él participa únicamente en el momento de sanción de la ley, pero que, igual o diferente, acompañará a la ley en el porvenir mientras la ley sea una realidad.

La ley cumple esta tarea de especificación por medio de las determinaciones contingentes que ella contiene imputadas; así está la valoración jurídica represetanda en la ley porque con eso ella representa una conducta. Según que la mayoría de edad se adquiriera a los 22 años o a la muerte del *pater familia*, la ley será este o aquel orden, esta o aquella justicia. También según se refiera a todos los hombres o sólo a los libres; y también según “mayor de edad” signifique el goce y ejercicio de estos o aquellos derechos. La ley siempre es una valoración de conducta y esto no puede dejar de serlo de ninguna manera. Pero cual valoración es, es decir con qué perfila ella la calidad específica que representa, depende de sus determinaciones contingentes y de las determinaciones contingentes de todo el ordenamiento jurídico, porque estas determinaciones son, precisamente, nada más que la concreción de un orden, de una justicia, etc.

Todos los objetos posibles, sean ellos ideales, naturales o espirituales, pueden concurrir para determinar la valoración jurídica. Estos, en esta su función, van como sostenidos por la valoración jurídica que les da el sentido que accidentalmente cumplen; por eso la valoración jurídica juega de modo fundamental en la interpretación de la ley. La valoración se intercala entre la interpretación de la ley y las determinaciones contingentes de la misma, porque la interpretación busca el sentido jurídico de estas determinaciones, es decir, su sentido para la conducta. Puede haberse creído que los métodos inter-

pretativos aspiran a apresar directamente el significado real de tales determinaciones; pero no es así; la interpretación que se cumple con cualquier método, presupone algo a lo que los métodos en sentido estricto y en su función generalmente admitida, no se dirigen: presupone la valoración jurídica. Y más todavía, es por la valoración jurídica que la ley tiene que ser interpretada cada vez que se la aplica, por claro que sea su texto y por terminante que sea su contenido, pues, en efecto, no se trata de saber, por ejemplo, qué significa "22 años", sino de saber qué significa jurídicamente "22 años", y es claro que la mera comprensión de este significado astronómico, nada nos dice de por sí sobre el papel que juega en el mundo del Derecho.

Así resulta la interpretación de la ley un problema constante e ineludible en cada caso judicial y, por eso mismo, uno de los problemas más apasionantes de la ciencia del Derecho.

CARLOS COSSIO



Nota: Este trabajo continúa con *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, publicado en UNIVERSIDAD, N° 6, sección tercera; y concluye en un último cuerpo todavía inédito. El título general es *Ciencia del Derecho e Interpretación de la Ley*.

