

PRESUPUESTOS PARA LA COMPRESION DEL DELITO

I. ACERCA DEL SUJETO DEL DERECHO

a) *El hombre como naturaleza*

Se ha dicho, y con razón, que a partir del siglo XIX el pensar occidental vive dominado por un increíble afán de realidad ⁽¹⁾.

Como reacción contra el exceso de las especulaciones abstractas que había caracterizado al período inmediatamente anterior, el positivismo y el materialismo científico se dieron a proclamar a toda voz y sin descanso la necesidad metodológica de atenerse rigurosamente al dato, a la experiencia, a la observación empírica, como única vía segura para la obtención de conocimientos efectivos.

A raíz de esta desdeñosa repulsa y ante la evidencia incontestable de los progresos científicos que aquella programación venía rindiendo, la filosofía se retrajo entre disminuída y resignada hasta que, acatando en cierto modo la consigna, logra encontrar campo propicio para ejercitar de nuevo sus fuerzas en la "teoría del conocimiento".

No es el lugar de examinar aquí hasta qué punto la crítica de la ciencia llegó a comprometer la solidez de fundamentos científicos tenidos hasta entonces por incommovibles ⁽²⁾;

⁽¹⁾ WINDELBAND-HEIMSOETH, *Historia de la Filosofía*, versión de Francisco Larroyo, México, 1943, VII, pág. 187.

⁽²⁾ Nos referimos a las conclusiones de Bohr, Heisenberg, de Broglie, Arthur March, etc.

sólo queremos señalar que esta suerte de nuevo empirismo abrió un panorama sorprendente a la investigación científica sobre todo a partir de los trabajos de Husserl.

La Ciencia del Derecho —y téngase en cuenta que al hablar de ciencia no nos atenemos al concepto restringido que acerca de ella tiene el positivismo, sino al más amplio sustentado por Dilthey al lanzarse a la empresa de buscar la fundamentación de las ciencias del espíritu⁽³⁾— no ha quedado al margen de esta tendencia irresistible a la búsqueda del objeto propio que se advierte en todas las disciplinas que investigan las particulares regiones de la realidad, como primer paso para el establecimiento subsiguiente de las respectivas metodologías y de las propias estructuras categoriales y formas de conceputación.

Pero la tarea de delimitar con pulcritud la esfera ontológica del Derecho no puede ser realizada con éxito si previamente no se pone en descubierto, crudamente al desnudo, toda la pérvida anfibología que encierra el término “hombre” según la expresión rotunda de Max Scheler⁽⁴⁾.

Dentro del campo del Derecho penal existe acuerdo en computar a favor de la Escuela positiva el mérito, para nosotros indiscutible, de haber puesto la tónica del interés científico en la persona del delincuente en una época en que, por magisterio de la Escuela clásica dominante, la atención era absorbida totalmente por el acto delictuoso conceputado por la ley, con prescindencia del sujeto actuante.

A pesar del tiempo transcurrido desde entonces la tarea de destacar la relevancia del “hombre” en la vida del Derecho continúa siendo legítima, y hasta necesaria; claro está que a condición de no pasar por alto toda la enorme diferencia que media entre el “hombre” de Lombroso y sus

(3) Ver EUGENIO IMAZ, *El pensamiento de Dilthey*, México, 1946, pág. 84.

(4) MAX SCHELER, *La posición del hombre en el cosmos*. Losada, Buenos Aires, 1938, pág. 26.

epigonos y el "hombre" tal como es concebido por las corrientes actuales de la antropología filosófica.

Para aquellos, fieles al dogma del cientificismo naturalista que señoreaba por doquier (téngase en cuenta que "L'uomo delinquente" de Lombroso aparece en 1876, es decir, cuando había tenido plena difusión y arraigo el "Origen de las especies" de Darwin, 1859, obra que permitió remover los obstáculos que se oponían al ingreso de lo biológico dentro del círculo del mecanicismo materialista, y hecho lo cual tuvo que esperar hasta Bergson para emanciparse de nuevo ⁽⁵⁾, el hombre sigue integrando el cuadro de la escala zoológica, en un lugar todo lo prominente que se quiera, pero sin que pueda escapar a la fatalidad del ámbito señalado por su marco. Para dicha tesis, del animal al hombre se transcurre insensiblemente gracias a un perfeccionamiento progresivo — e incluso maravilloso — de los mecanismos bioánimicos pero sin que, en el tránsito, la diferencia de grado pueda transmutarse en un cambio de esencia.

Dentro de tal concepción, todo cuanto se sabe del hombre y todo cuanto es dable esperar se sepa en el futuro, depende del progreso de las ciencias naturales. Lancemos una rápida ojeada para ver ciertos aspectos de esta aprehensión del hombre realizada por dichas ciencias.

El viejo dualismo que durante siglos mantuvo abierto un abismo infranqueable entre el alma y el cuerpo, entre psiquis y soma, y que estaba en la base de todas las teorías clásicas del hombre, tiende a ser superado por el pensamiento contemporáneo orientado decididamente hacia una concepción unitaria del ser bioánimico del hombre.

Es claro que la formulación de aquel dualismo no tuvo nada de caprichoso en su origen. La reflexión primaria nos conduce como por una pendiente natural a separar el "Yo" del "No-yo" y ambos términos de la polarización aparecen

⁽⁵⁾ FRANCISCO ROMERO, *Filosofía de la persona*. Losada, 1944. pág. 104.

grávidos de contenido real. En el seno de nuestra experiencia interna —dice Kretschmer— el mundo se divide para nosotros en dos zonas: el “Yo” y el “mundo exterior”, y esta distinción reposa en la oposición entre la experiencia interna en tanto que acto (yo o alma) y la experiencia externa en tanto que contenido (mundo exterior o materia) (6).

Constituido así el dualismo entre alma y cuerpo por obra de nuestra reflexión, se busca luego afanosamente la solución del problema creado sea sacrificando uno de los términos (la materia para el monismo espiritualista con su posición extrema, el solipsismo; el espíritu para el materialismo monista), sea manteniendo ambas instancias, pero mediante el recurso de establecer entre ellas el difícil compromiso de un paralelismo psico-físico.

Pero hemos dicho que el pensamiento contemporáneo, advertido del origen artificioso de aquella separación, prescinde de establecerla inclinándose de entrada hacia una concepción unitaria de lo bioanímico en el hombre.

En pleno campo médico, la vieja idea que identificaba lo psíquico con lo cerebral o, aun más estrechamente, con lo cortical (7), fué perdiendo terreno gradualmente por influjo de dos hechos principales: en primer lugar por la significación cada vez mayor que fueron adquiriendo, como centros de importancia capital para ciertos aspectos de la individualidad (vida consciente, vida instintiva, afectividad, etc.), las grandes masas de substancia gris que existen no en el cerebro propiamente dicho sino en su base (tercer ventrículo, tálamos ópticos, cuerpos estriados), y en segundo término por la entrada a escena de las glándulas de secreción interna, cuya influencia poderosa sobre la vida anímica, sea directamente, sea por intermedio del sistema nervioso vegetativo, pronto se puso de manifiesto (8).

(6) E. KRETSCHMER, *Psychologie médicale*. Payot, 1927, pág. 23

(7) La afirmación de GRASSET no puede ser más terminante: “[lo psíquico es lo cortical]”. En su *Tratado de fisiopatología clínica*, 1923, t. 3º, pág. 59.

(8) E. KRETSCHMER, *ob cit.*, pág. 30.

En lugar de aquel acantonamiento de lo psíquico en el cerebro que se admitía antes, hoy se tiende a aceptar que lo anímico tiene su sede en la totalidad del cuerpo.

En vinculación con las orientaciones neo-vitalistas de H. Driesch —cuya filosofía de lo orgánico, en contraposición a toda concepción del organismo como simple agregado de materia y fuerzas, estatuye la “totalidad” a título de categoría fundamental de todo lo vital (8)— señala Kretschmer la posición de Bleuler, para quien la substancia viva está de un extremo a otro “animada”, “penetrada de alma”, y propone el nombre de “psicoide” para designar esta especie de psiquismo elemental propio de todo lo vivo y que se manifiesta, esencialmente: 1º) por las funciones *mnémicas* (Semon) o facultad de almacenar, en vistas de una utilización posterior, las impresiones dejadas por excitaciones anteriores; 2º) la facultad de *integración* o aptitud para reunir las impresiones particulares y aisladas en un sistema o asociación; 3º) un principio *teleológico* que preside la utilización de todas estas adquisiciones (10).

Conforme a lo que venimos diciendo, el hombre actual —en cuanto ser natural— es concebido como la etapa culminante de un proceso evolutivo de lo vivo proseguido en el curso de milenios. Todo el pasado biológico, estructurado en instancias de complejidad creciente y progresiva jerarquización, perdura en el hombre de nuestros días de tal modo que junto a la extrema perfección de los movimientos complejos y delicados que es capaz de ejecutar un miniaturista, por ejemplo, y que traduce el alto nivel alcanzado por sus disposiciones psicomotoras, se dan en él, todavía, movimientos del tipo amebiano en los leucocitos, del tipo vermiforme en el peristaltismo intestinal, del tipo de los infusorios ciliados en los espermatozoides etc.; y acaso el origen remoto de las pulsaciones cardíacas tenga que buscarse en las vacuolas pulsátiles de la Euglena o el Paramecio.

(8) WINDELBAUD, *ob. cit.*, pág. 190.

(10) KRETSCHMER, *ob. cit.*, pág. 31.

Sobrados fundamentos tiene pues Jung cuando expresa que por psicología arcaica, no sólo debe entenderse psicología de los pueblos primitivos, sino también la del hombre actual individualmente considerado que, a pesar del alto nivel a que se halla su conciencia sigue siendo, en las capas profundas de su psiquis, un hombre arcaico (11).

Y en el mismo sentido se pronuncia Kretschmer cuando, luego de preguntarse si es posible encontrar en el psiquismo del hombre de nuestros días, debajo de aquel estrato correlativo de aquello que llamamos "civilización", capas del aluvión filogenético, responde afirmativamente diciendo que detrás de los mecanismos psicológicos que en el hombre civilizado adulto ocupan el primer plano de la escena, se mantienen en latencia otros jerárquicamente inferiores prontos a entrar en funcionamiento apenas el psiquismo superior desfallece o abdica como ocurre, por ejemplo, en la hipnosis, en los estados crepusculares histéricos, en la esquizofrenia, etc. (12).

Esta tendencia a concebir unitariamente lo bioanímico del hombre, que hemos venido señalando, no se limita al campo médico sino que tiene acatamiento, también, en filosofía. "Hoy podemos decir, expresa Scheler, que el *problema del alma y del cuerpo*, que ha puesto en tensión tantos siglos, ha perdido su rango metafísico para nosotros. Los filósofos, médicos y naturalistas que se ocupan de esta cuestión, convergen cada vez más en la unidad de una concepción fundamental" (13). "Es una y la misma vida la que posee, en su ser íntimo, "forma psíquica" y, en su ser para los demás, "forma corporal. El proceso de la vida fisiológica y de la vida psíquica son rigurosamente idénticos desde el punto de vista antropológico". "Lo que llamamos fisiológico y psíquico sólo son, pues, dos aspectos desde los cuales se puede considerar uno y el mismo proceso vital" (14).

(11) C. G. JUNG, *La psiquis y sus problemas actuales*, traduc. de Eugenio Imaz, Madrid, 1935, pág. 183.

(12) KRETSCHEMER, *ob. cit.*, pág. 153.

(13) SCHELER, *ob. cit.*, pág. 107.

(14) SCHELER, *ob. cit.*, pág. 110.

Y no menos expreso es Dilthey a este respecto: "lo que suele separarse como físico y psíquico se muestra indiviso en la realidad" (15).

Y bien, ha llegado el momento de justificarnos un poco: nos movía el designio de presentar al hombre en su unidad bioanímica fruto de una evolución de lo vivo en cuyo presente subsiste todo el pasado del aluvión filogenético. Prescindiremos de tratar en este trabajo la consecuencia que, de lo dicho, puede extraerse para la fundamentación de cierto aspecto del tiempo real o existencial, noción de suma importancia en la consideración del delito, cosa que haremos en otra oportunidad. Por el momento nos limitaremos a destacar que el hombre, en cuanto ser natural, es un complejo bioanímico tributario, íntegramente, del método causal explicativo de investigación, propio de las ciencias de la naturaleza. Queda dicho con esto que la psicología, entendida como ciencia que se ocupa del estudio del ingrediente anímico de ese complejo pertenece, junto a la biología, la anatomía, la fisiología, la embriología, etc., al ámbito de las ciencias naturales. La existencia de una psicología, ciencia natural, es un hecho innegable, y son bien conocidos los progresos extraordinarios que ha logrado en su intento de explicar causalmente, y valga la redundancia, el acontecer anímico del hombre normal y patológico. Con el auxilio de la psicología étnica, de la psicología infantil, de la psicología de los animales etc., y con el apoyo del concepto de evolución como principio de ordenamiento y clasificación, se ha podido reducir a unos cuantos mecanismos fundamentales el suceder aparentemente caótico de la vida anímica real (Kretschmer).

Estas adquisiciones, aplicadas al mundo de la criminalidad, han permitido esclarecer de modo admirable el comportamiento, hasta entonces irreductible a un conocimiento racional, de ciertos delincuentes. Recuérdese la forma brillan-

(15) W. DILTHEY, *El mundo histórico*, traduc. de Eugenio Imaz, México, 1944, pág. 100.

te cómo el ya tantas veces citado Kretschmer explica, por ejemplo, hechos como los siguientes: las “reacciones explosivas”, sin finalidad y sin objeto, que se observan a menudo en las prisiones o casas de corrección por parte de los reclusos (17); las “reacciones nostálgicas” por acciones de circuito que se epilogan a veces en crímenes aterradores cometidos por jovencitas separadas a edad temprana del hogar de sus padres para ir a trabajar a ambientes extraños (18); la perversidad brutal que exhiben en su comportamiento hacia los padres, ciertos sujetos esquizotímicos de temperamento frío y obtuso (19), etc.

Pero con todo no puede ni debe olvidarse que estos notables esclarecimientos sólo implican haber logrado la inteligibilidad de fenómenos naturales por la remisión de cada hecho a un antecedente susceptible de funcionar como causa. La racionalidad de la concatenación así conseguida deriva del hecho de transparentarse, a su través, el juego del principio lógico de identidad, como lo ha mostrado Meyerson (20).

Debemos concluir, por consiguiente, que por útiles y provechosas que puedan ser las aportaciones de la psicología, la psicopatología, la endocrinología, la tipología, etc. en materia de Política criminal, dichas disciplinas, por referirse al hombre en cuanto ser natural, no inciden, como él mismo, sino en forma indirecta y relativa, sobre la Ciencia dogmática. La afectan en la medida en que lo hacen todas las ciencias —ideales, naturales y culturales— en cuanto están en la base de la ilustración del buen juez con la consiguiente influencia sobre la labor estimativa del mismo, y en cuanto lo capacitan para la aprehensión de los objetos propios a cada una de dichas

(16) ROURA PARELLA, *Spranger y las Ciencias del espíritu*. México, 1944, pág. 27.

(17) KRETSCHMER, *ob. cit.*, pág. 326.

(18) *Id. id.*, pág. 330.

(19) KRETSCHMER, *La structure du corps et le caractère*. Payot, 1930, pág. 189.

(20) C. COSSIO, *La coordinación de las normas jurídicas*, en Rev. “La Ley”, del 24 de agosto de 1947.

ciencias cuando aparecen mencionados en la ley; por ejemplo, para la determinación "del tercio a la mitad" a que alude el artículo 44 del Código penal; o del "estado puerperal" a que se refiere el 81 inciso 1º; o de la calidad de "mujer honesta" que menciona el 120.

Agreguemos antes de terminar este capítulo que al remitir la Psicología al dominio de las ciencias naturales como consecuencia de haber admitido la unidad bioanímica del hombre, obramos con entera conciencia de la ardua cuestión que este tópico de las psicologías suscita, especialmente en relación al problema de la fundamentación de las ciencias del espíritu. Dentro del "vivencialismo" radical de Dilthey no es de extrañar que éste buscara en la "vivencia" el fundamento para dichas ciencias. Pero bueno será tener en cuenta, también y muy principalmente, que esta apelación de Dilthey a la "vivencia" no debe tomarse, sin más, como prueba inequívoca de que incurre en psicologismo, en el sentido que este vicio tenía cuando fué eliminado por Kant de la teoría del conocimiento (21).

El vivencialismo diltheyano es una cosa diversa. Ya sabemos que Dilthey perseguía una "teoría del saber", fundada en la vivencia, de proyecciones mucho más amplias que la "teoría del conocimiento" de sus predecesores. Esta atendía sólo al sujeto cognoscente, en tanto que aquélla se refiere al hombre en su plenaria realidad, que va más allá de la mera actividad intelectual, puesto que además de un sujeto que conoce, es un sujeto que siente, y es un sujeto que quiere.

Pero como la psicología de su tiempo, ciencia natural, no podía suministrar a Dilthey el fundamento que buscaba, emprendió la tarea de echar las bases de una nueva psicología (22).

(21) Sobre esto puede verse la ya citada obra de E. IMAZ, *El pensamiento de Dilthey*, especialmente el apartado N° 33.

(22) Ver E. IMAZ, *ob. cit.*, especialmente capítulo VII. FRANCISCO ROMERO, *Filosofía contemporánea*, pág. 155. EUGENIO PUCCIARELLI, *Introducción a la filosofía de Dilthey*, publicación del Centro de estudios filosóficos de la Universidad Nacional de La Plata, año 1937.

A partir de entonces, y pese al escepticismo que Rickert parecía abrigar sobre el éxito de dicha empresa (23), las disciplinas psicológicas han proliferado de tal manera que Augusto Messer, pasando revista al estado actual de la cuestión, señala por lo menos una veintena de ellas (24).

Tal profusión abogaría más bien en pro que en contra del escepticismo de Rickert, de no mediar la significativa circunstancia de que todas ellas pueden ubicarse en uno de estos dos grupos fundamentales: el de las que encaran lo psíquico desde un punto de vista científico natural y el de las que lo hacen desde un punto de vista científico espiritual. Creemos que ambos grupos de disciplinas son legítimos porque el objeto de uno y otro es diverso a pesar de que lo designan empleando el mismo término: lo psíquico.

b) *El hombre como cultura*

En el capítulo anterior nos ocupamos del hombre como ser natural pero sólo para descalificarlo como sujeto del Derecho. Para enfrentarnos con éste debemos pasar a otro plano, trascender a otra instancia más elevada de esa serie que partiendo de lo inorgánico, y pasando por lo vivo y lo anímico, llega finalmente a lo espiritual.

Designamos a lo específico del hombre —entendido este término en sentido estricto— como espíritu, sin que deba verse en esta denominación ninguna alusión substancialista ni referencia a supuestos de allendidad.

Hablamos de una realidad espiritual de este mundo, tan verdadera que constituye el objeto propio de todo ese grupo de disciplinas de antiguo origen pero cuya fundamentación puede decirse que recién comienza, y a las que suele denominarse como “ciencias del espíritu” o “ciencias *positivas* del espíritu” como dice Dilthey.

(23) H. RICKERT, *Ciencia natural y ciencia cultural*. Espasa-Calpe, 1943, pág. 40.

(24) AUGUSTO MESSER, *Introducción a la psicología*. Losada, 1940.

La p erfida anfibología que involucra el t ermino "hombre" y a la que aludía Scheler, deriva precisamente de que el mismo vocablo se emplea para designar tanto a aquel ser bioanímico de que hablamos antes como para mentar a este otro ser espiritual de que nos ocupamos ahora, no obstante pertenecer, uno y otro, a dos reinos fundamentalmente diversos e irreductibles. Y aunque quienes emplean cabalmente el t ermino en esta última acepción tienen plena conciencia, necesariamente, de la primera, no suele darse, por parte de quienes se colocan en la situación inversa, la misma claridad conceptual. Agreguemos que el funesto equívoco es extensivo a otros vocablos, como ser: vida, psiquis, historia, persona, etc.

La preocupación del hombre por conocerse a sí mismo en su verdadera esencia (autognosis) es una inquietud filosófica de antigua data como lo acredita el "conócete a ti mismo" socrático, que ha pasado ya al dominio común. Como fruto de esta ansiedad surgieron las concepciones teológica, metafísica y naturalista del hombre que, en pugna siempre renovada, luchan en el curso de la historia para imponer su señorío.

Pero el origen de la concepción del hombre tal como aparece prohijada por las mejores corrientes del pensamiento de nuestra época, debe referirse a la aparición del llamado "historicismo" en filosofía, cuyo antecedente más remoto parece que ha de buscarse en el genial Biambattista Vico (1668-1744): "Sólo puede conocerse lo que se crea por uno mismo. Lo que el hombre realmente hace es su historia y por lo tanto puede también comprenderla. Pues el último fundamento de esta comprensión constituye el saber del hombre de su esencia espiritual, y cuya ley se va manifestando en el proceso de la historia, en una forma siempre regular" (25).

Ignoramos de qué manera, a partir de lo inorgánico, se opera el cambio de esencia hacia lo vital y nada sabemos tampoco acerca de cómo, a partir de la vida, se realiza la muta-

(25) WINDELBAND, *Historia de la filosofía*, t. V, pág. 188.

ción hacia lo espiritual. Pero este desconocimiento no obsta a que, tanto en uno como en otro caso, afirmemos el hecho de la vida y el hecho de lo espiritual.

Concretándonos al primer hecho —puesto que la realidad del segundo no suele ser puesta en tela de juicio— sólo diremos que lo espiritual se traduce, en lo íntimo, por la “vivencia de la libertad”, y en lo externo, por las llamadas “manifestaciones de vida”, donde el término vida aparece empleado en el sentido de vida espiritual.

“Distinguimos en un principio —dice Dilthey— lo humano de la naturaleza orgánica, más próxima a él, y más lejos, de lo inorgánico. Representaba una separación de partes en la totalidad de la tierra. Estas partes constituyen etapas, y lo humano, como aquella etapa en que se presentan el concepto, los valores, la realización de fines, la responsabilidad, la conciencia del sentido de la vida, había que separarlo de la etapa de la existencia animal” (26).

En la concepción diltheyana se entiende por vivencia a un todo estructurado que supone: “un contenido” y una “actitud” de nuestro yo con referencia a él. “Vivencia es, en primer término, la unidad estructural de actitud y contenido. Mi actitud perceptiva, junto con su relación con el objeto, es una vivencia, lo mismo que mi sentimiento por algo o mi voluntad para algo” (27).

Por “vivencia de libertad” entendemos nosotros la conciencia del hecho, íntimamente vivido por todos, de la actuación espontánea de nuestra voluntad en el seno del mundo histórico. Ponerse a discutir su existencia sería tan ocioso como ponerse a renovar las estériles disputas en torno a la realidad del mundo exterior.

A cada paso, frente a las contingencias del vivir cotidiano, nos vemos en el trance de tener que optar por una de entre varias posibilidades que se ofrecen a nuestra perspec-

(26) DILTHEY, *Mundo histórico*, pág. 104.

(27) Id. id., pág. 31.

tiva, y la elección señala, al mismo tiempo que la actuación de nuestra voluntad libre, la índole de los valores que informan nuestra existencia. Porque toda opción de esta clase, acto de libertad, supone una previa valoración, y el fin querido por nosotros como consecuencia de la decisión adoptada, va subrayando el sentido en que se mueve nuestra vida. Todo lo humano se caracteriza, así, por ser un sentido con relación a algo estimado como valioso.

Al definir al hombre Ernst Cassirer expresa que se caracteriza, en esencia, por ser “un ser simbólico”, y ello debe admitirse como exacto si por tal se entiende que es un “hacedor de símbolos” o “creador de sentidos”.

Permítasenos reiterar, con algunas variantes, un ejemplo conocido. Supongamos a un arqueólogo perplejo ante el enigma de una pieza recién cobrada. Mira por todas partes aquel trozo de piedra tan singular pero la incógnita persiste. Sin duda que podrá hacer el estudio mineralógico de dicho objeto, determinar su forma, su tamaño, su peso específico, su composición química, etc. Pero no es eso lo que le preocupa; demasiado sabe que ni la física, ni la química, ni la mineralogía ni ninguna otra ciencia natural será capaz de proporcionarle lo que busca. Porque aquel objeto, obra del hombre, pertenece, como el hombre mismo, a dos reinos distintos: el de la naturaleza y el del espíritu. Desde el primer punto de vista es ciertamente un trozo de piedra de características precisables hasta el detalle, pero desde el otro es un “sentido” cuyo descubrimiento es precisamente lo que preocupa al arqueólogo. Y si acaso el hallazgo afortunado de un fragmento adicional le revela de pronto que se trata de un ingenioso utensilio para hilar, sólo entonces, al dar con el sentido humano que el hombre puso sobre esa materia, su curiosidad se verá satisfecha.

Lo espiritual que en lo íntimo se revela, según ya dijimos, por la vivencia de la libertad, en lo externo se traduce por las “manifestaciones de vida” (usos, costumbres, lenguaje, religión, moral, arte, ciencia, técnica etc.), y todas ellas se

caracterizan por el sentido que encierran con relación a algo estimado como valioso, conforme lo manifestamos.

Existe acuerdo consagrado por el uso en designar con el nombre de objetos culturales a todas las creaciones en que el espíritu humano aparece objetivado. Pero bien se advierte que quedaba así sin destacar la actividad misma del hombre en cuanto ser espiritual. Corresponde a Cossio el mérito extraordinario de haber integrado la teoría de los objetos culturales estableciendo entre ellos la necesaria y fundamental distinción entre “objetos mundanales” y “objetos egológicos”, designación esta última que sirve para caracterizar a ese objeto cultural por excelencia que es la conducta humana como tal (28).

Con su habitual precisión expresa Cossio que el ser de los objetos culturales es ser un sentido, caracterización que comprende, naturalmente, no sólo a los objetos mundanales (vida objetivada) sino a la conducta humana como objeto cultural egológico y por ende, al hombre plenario mismo en cuanto su ser es su conducta (vida humana viviente).

Es este hombre, ser espiritual, insusceptible de ser aprehendido por las ciencias de la naturaleza, el verdadero sujeto del Derecho.

Si en Derecho penal corresponde computar a favor de la Escuela positiva, como lo admitimos, el mérito de haber destacado el papel del hombre en el drama del delito, su error fundamental consistió en no haber visto más que la primera acepción de ese término “pérfidamente antifilológico”, con la consiguiente secuela interminable de errores ontológicos, gnosológicos y metodológicos.

El reproche puede hacerse extensivo al Positivismo filosófico mismo, ya que si bien es inobjetable la exigencia de una sujeción rigurosa, por parte del investigador, a lo dado en la experiencia, resulta sí objetable, y en alto grado, que sean

(28) CARLOS COSSIO, *Teoría egológica del Derecho*, pág. 115; *El Derecho en el Derecho judicial*, pág. 243.

precisamente los positivistas los primeros en no cumplirla cuando se enfrentan con las ciencias morales y políticas —como se designaba antiguamente a las ciencias del espíritu— puesto que actúan como si lo dado en ellas fuera una realidad natural cuando se trata de algo fundamentalmente distinto: una realidad cultural o espiritual.

II. EL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Toda ciencia se propone el conocimiento conceptual de algo o, para hablar con más precisión, se propone el conocimiento de algo por conceptos de rigor metódico, certeza constrictiva y validez universal según la formulación de K. Jaspers (29).

Ese algo a conocer es el objeto propio de la ciencia respectiva. La Física, por ejemplo, estudia ese algo real que son los fenómenos físicos, y las leyes que establece son la representación conceptual generalizante de los resultados obtenidos.

Durante mucho tiempo se creyó que la naturaleza llenaba totalmente el ámbito de lo real, y por lo tanto, que no había más ciencias de experiencia que las ciencias de la naturaleza. Según esto, un banco o una mesa, un lápiz o un libro, una estatua o una sinfonía, desde que no son en sí, en cuanto tales, productos de la naturaleza, no están en el mundo de lo real, como tampoco la actividad creadora humana que los ha producido.

A pesar de vivir inmerso en la realidad de sus propias creaciones espirituales —que no otra cosa es el mundo social histórico en que el hombre es en cuanto que existe— ha tardado mucho en darse cuenta de ese hecho; quizá por falta de perspectiva; quizá por aquello de que los árboles no dejan ver el bosque, que hay que salirse de entre ellos, apartarse un poco, para verlo.

Lo cierto es que, como apunta Francisco Romero, el hom-

(29) C. COSSIO, *Teoría egológica*, pág. 123.

bre durante siglos se ocupó del estudio de la naturaleza; sólo después se planteó el problema del conocimiento y mucho más tarde todavía se propuso las cuestiones relativas al mundo de la cultura. Por paradójico que parezca, en sus indagaciones ha ido de lo lejano a lo inmediato, de lo extraño a lo propio, de lo que le es heterogéneo a lo que le es homogéneo. Este hecho aparentemente anómalo y conforme al cual lo que nos toca más directamente no suele ser lo primero que advertimos, se cumple con bastante regularidad por no decir en absoluto (30).

Entre los que se percataron de la realidad de lo espiritual y adquirieron plena conciencia de que era un objeto de experiencia susceptible de tratamiento científico, merece destacarse en primer plano la figura señera de Guillermo Dilthey que empleó toda su larga y fecunda vida en romper los estrechos límites del cientificismo naturalista para dar cabida, dentro del marco general de la ciencia, a ese otro importantísimo sector de lo real, dependiente de las llamadas por él ciencias positivas del espíritu. "El pensamiento básico de mi filosofía —decía— es que hasta ahora el filosofar nunca se ha asentado sobre la experiencia íntegra, no mutilada, plena y total y, por lo tanto, sobre la realidad" (31).

En plena juventud, a los veintiséis años, tuvo clara noción de la magnitud de la tarea que proyectaba realizar, y por eso agregaba: "Mis limitadas fuerzas no pueden tratar este objeto como se lo merece... Sin embargo quiero, al menos, guardar ante mis ojos esta meta presentida". Y esta visión juvenil constituyó el programa de toda su vida. Suministraba así, con su propia biografía, un ejemplo típico de "un todo en desarrollo", en auto despliegue, en explicitación, nota fundamental y verdadero *leitmotiv* dentro de la temática diltheyana.

En un medio hostil, combatido por los positivistas e ig-

(30) FRANCISCO ROMERO, *Filosofía contemporánea*, pág. 133.

(31) Cit. por E. PUCCIARELLI en la *ob. cit.* en la nota 22, pág. 44.

norado por los neo-kantianos, realizó su tarea en la magnífica soledad de su espíritu, y al término de su existencia, cuando entregó resignado los últimos manuscritos, debió sonreír tristemente ante la obra inacabada pero alentando sin embargo la esperanza que había dado a conocer en el memorable discurso que pronunciara en ocasión de su setenta aniversario: "Durante toda mi vida he trabajado en la solución de la larga serie de problemas que se juntan a éste. Veo la meta. Si me quedo a mitad de camino, espero que mis jóvenes compañeros de jornada, mis discípulos, lleguen hasta el fin".

Nosotros no podemos decir que Carlos Cossio sea discípulo de Dilthey, pero sí podemos afirmar que la obra del filósofo argentino marca una etapa decisiva en la historia de la fundamentación de las ciencias positivas del espíritu que aquél perseguía. Esta afirmación se encuentra avalada no por la autoridad de quien la pronuncia, que se adelanta a reconocer que no tiene ninguna, sino por el mérito de la obra a que alude y a la cual se remite, y por los juicios de indudable significación que se van acumulando en función de progresivo reconocimiento; tales los emitidos por Josef L. Kunz, Werner Goldsmidt, Abel Naranjo y Villegas, Miguel Reale, Luis Legaz y Lacambra, Antonio José Brandao, Alfonso Ibáñez de Aldecoa, Mario García Herreros, etc. ⁽³²⁾.

Creemos decididamente que los estudiosos tendrán que aceptar con unanimidad, tarde o temprano, que no hay ninguna ciencia positiva del espíritu cuya estructuración teórica sea comparable en solidez, coherencia, originalidad y fecundidad, a la Teoría Ecológica del Derecho edificada sobre los fundamentos gnoseológicos, ontológicos y metodológicos que Cossio ha señalado. Duele reconocerlo pero hasta ahora, si algo traducen ciertas críticas que se le han formulado en nuestro medio, no es otra cosa que la falta de probidad intelectual de sus autores, ya que revelan un patente desconocimiento de aquello que pretenden precisamente impugnar.

(32) Pueden verse en la rev. *La Ley* del 28 de diciembre de 1947.

Pero volvamos a nuestro tema. En el primer capítulo de este trabajo —humildísimo trabajo pero hecho con sinceridad— quedó descalificado el hombre, en cuanto ser natural, como sujeto del Derecho; seguidamente se reconoció tal carácter al hombre en cuanto ser espiritual o cultural. Dijimos también que ese espíritu se traduce por el sentido que, con relación a algo estimado como valioso, tienen todas sus “manifestaciones de vida” que se traducen sea en vida humana objetivada, sea en vida humana viviente (objetos mundanales y objetos egológicos de Cossio).

El objeto propio de la Ciencia del Derecho es la vida humana viviente, o conducta, en su interferencia intersubjetiva.

Al llegar a este punto séanos permitido transcribir un pasaje de Eugenio Imaz, el profundo conocedor de Dilthey, que parece escrito para confirmar la conclusión a que ha llegado la Teoría egológica en lo relativo al objeto del Derecho: “Ya hemos dicho que la vida misma ha traído la particularización de las ciencias del espíritu. Estas particularizaciones, que no son más que otras tantas abstracciones de una sola vida social única, este profesionalismo, si se quiere, no puede desentenderse del valor instrumental de la abstracción por lo mismo que está orientado al todo de la vida social. Pero cuando la teoría se cultiva por sí misma, aunque vaya encaminada académicamente a la formación profesional, fácilmente propende a tratar su provincia como un reino y convertir la abstracción impuesta por el trabajo en abstracción con mayúscula. El Arte, la Religión, el Derecho, la Moral, aparecen entonces como tupidas abstracciones que nos impiden ver lo que tras esos nombres se esconde realmente, que permitiría su estudio empírico, y como murallas infranqueables o compartimentos estancos que nos impiden darnos cuenta de la conexión profunda de toda la vida espiritual, única manera de llegar su verdadero fundamento. ¿Qué hay tras esas abstracciones? Empíricamente no hay más que individuos y las interacciones entre ellos. Eso se nos da directamente” (33).

(33) E. IMAZ, *ob. cit.*, pág. 90.

Como la índole de una ciencia depende de la peculiaridad del objeto a que se refiere, y como la conducta humana es un objeto real cultural, bien se ve el contenido real y por lo tanto el carácter empírico de la Ciencia del Derecho, tal como lo admite la Teoría Ecológica.

Se llega así a un auténtico positivismo depurado de errores porque, como decía Husserl: "si positivismo quiere significar tanto como fundamentación libre de prejuicios de todas las ciencias sobre lo positivo, es decir, sobre lo aprehensible originariamente, entonces somos nosotros los auténticos positivistas".

En cambio es notorio el extravío infecundo en que se incurre cuando, para vivificar o conectar con la realidad a la "geometría jurídica" seca y desvitalizada de las concepciones puramente formalistas del Derecho, se recurre a los valores y a las normas de cultura concebidos como cosas en sí. ¡Como si por duplicación o triplicación de idealidades fuera posible engendrar un ente real!

III. ACERCA DE LAS NORMAS GENERALES

Por más que una mirada ingénua dirigida al mundo circundante nos haga creer que la realidad está integrada por objetos dotados de unidad, estabilidad y separatividad, lo cierto es que a poco que ahondemos nuestra reflexión, esa imagen primera se desvanece para ser reemplazada por la visión de aquel fluir en perpetuo cambio de que hablaba Heráclito el Oscuro.

Evidentemente, este árbol que ahora contemplo no es ya el mismo que miré hace un instante. Muchas de sus células, a punto de morir entonces, habrán muerto ya, y muchas otras, en vías de escisión reproductiva, habrán terminado por escindirse. Y si proseguimos reflexionando sobre la disposición de sus hojas, su color, su vejez, el polvo depositado en su superficie, la calidad, cantidad y situación de la savia, etc. etc., y, en última instancia, sobre la posición que ocupa en el

espacio — sobre un planeta que se desplaza vertiginosamente — llegaremos al convencimiento del cambio operado en él a cada instante. Y lo mismo podrá afirmarse de todo cuanto nos rodea. Ciertamente no hay dos hechos iguales y un mismo hecho nunca se repite. Esto es verdad incluso para los fenómenos físicos, a pesar de que, en nombre de un fatalismo mecanicista, podría esperarse para ellos la posibilidad de su reiteración, cosa que sin embargo y en rigor no es posible, porque tampoco es posible reproducir exactamente y en su totalidad la compleja concatenación causal tempo-espacial en cuyo seno van surgiendo.

Y si se invocara como argumento en contra el innegable valor práctico de las leyes establecidas por vía inductivo experimental — “savoir pour prévoir” según la aspiración de los positivistas — cabría responder que ello se debe a que los hechos, si bien no se repiten nunca exactamente, guardan empero — sobre todo en el mundo físico — la suficiente similitud como para admitir que son *prácticamente* iguales. Pero nada más que prácticamente.

Para aprehender y racionalizar ese constante fluir de lo real, ese “continuo heterogéneo” como lo denomina Rickert⁽⁸⁴⁾, el hombre dispone, afortunadamente, de un instrumento maravillosamente eficaz, que es el concepto. Sobre la base de unas pocas notas comunes abstraídas de una serie indefinida de hechos intuidos semejantes, el hombre elabora sus conceptos, que expresa en términos. Estos conceptos no son mas que representaciones intelectuales de una realidad artificialmente simplificada.

“Sin duda los conceptos se derivan de los hechos, pero por abstracción mental; luego ya no son el hecho mismo al cual hemos despojado de sus características peculiares. La plenitud de la realidad se halla en el hecho; el concepto sólo recoge una parte a veces mínima. Al hecho lo intuimos, al concepto lo concebimos. En el lenguaje familiar a cada ins-

(84) H. RICKERT, *ob. cit.*, pág. 66.

tante olvidamos ese distingio fundamental. El hábito nos hace tomar los conceptos por hechos. Pocos al decir "árbol" se percatan que semejante objeto no existe, que es una abstracción. ¿Habría entonces un pino, un roble, una palmera? Tampoco, pues estos ya son nombres genéricos. Si quiero individualizar a un árbol real, he de decir: El pino de San Lorenzo, el roble de Guernica, la primera palmera de la avenida" (35).

Mediante el mismo razonamiento fácilmente podemos llegar a la conclusión de que tampoco existe el homicidio, el incendio, o el delito en general, puras abstracciones; que para referirnos a un delito real tendremos que decir, por ejemplo, la muerte de César por Bruto, o el incendio del Templo de Diana por Eróstrato. La realidad está allí, en la conducta del hombre interfiriendo con la de sus semejantes. La mención que de ella hace la ley es sólo su escueta representación intelectual. Compárese el esquematismo de la norma que dice: "se aplicará X años de prisión al que matare a otro", con la riqueza de datos, pormenores y circunstancias que integran el hecho de un homicidio real. Aquélla alude, en su generalidad, a unos pocos caracteres comunes susceptibles de ser encontrados en una serie indefinida de hechos reales análogos. Las peculiaridades de cada caso concreto tienen que ser dejadas de lado en la representación conceptual de la norma general; como ocurre con el concepto "árbol" que menciona a un vegetal con tronco prescindiendo de la riqueza inagotable de datos que hace que un árbol determinado sea distinto de todos los demás. "Lo que un hombre puede aprehender en sus conceptos, y por lo tanto en su conocimiento, es insignificante comparado con lo que tiene que dejar de lado" (36).

Este carácter único, sin precedentes, imprevisible de lo individual real, muestra con decisiva evidencia que cada hecho concreto sólo pueda adecuarse debidamente a una representa-

(35) A. KORN, *Apuntes filosóficos*, capítulo V.

(36) H. RICKERT, *ob. cit.*, pág. 64.

ción conceptual también individual, la que, por tal motivo, no puede ser formulada de antemano sino que debe crearse cada vez, en adecuada correspondencia con las peculiaridades de lo dado individual.

Cuando el juez, en la parte dispositiva de la sentencia, establece qué es lo que debe ser frente al hecho de conducta en interferencia intersubjetiva sometido a su decisión, crea la correspondiente norma individualizada para dicho caso concreto.

Esta labor de creación tiene que ser realizada ineludiblemente por todos los jueces del mundo, dentro de los ordenamientos jurídicos de todos los regímenes políticos imaginables. Y ello es así porque ópticamente no puede ser de otra manera. Siendo esto tan claro y tan indiscutible resulta realmente inconcebible la acusación de nazismo lanzada contra la Teoría egológica por su franca adhesión al creacionismo y voluntarismo kelsenianos.

Esta ligereza imperdonable — como ha sido calificada — fué objeto de condignas respuestas por parte de Enrique R. Aftalión⁽³⁷⁾ y Laureano L. Landaburu (h.)⁽³⁸⁾, y últimamente Cossio, en enjundioso estudio, ha llegado hasta exhibir el ingrediente ideológico que inficiona a semejantes posturas anticientíficas^(39 y 39 bis).

Repetimos que la creación de Derecho por el juez, en la sentencia, es una característica común a todo Derecho, sea liberal o totalitario. La diferencia entre uno y otro es de índole diversa, ya que el principio “nulla poena sine lege” conquista incuestionable del pensamiento liberal y principio bá-

(37) ENRIQUE R. AFTALIÓN, *Delito, tipicidad y analogía*, rev. “La Ley”, t. 39.

(38) L. LANDABURU, *El delito como estructura*. Rev. de Derecho Penal, año 1945, nº 3.

(39) C. COSSIO, *El principio “nulla poena sine lege” en la axiología egológica*. Rev. “La Ley”, 28 de diciembre de 1947.

(39 bis) Ya escrito este trabajo apareció en la Rev. “La Ley”, del 11 de mayo de 1948 uno de JULIO CUERO RUA que añadió a la bibliografía sobre el tópico.

sico de su correlativo Derecho penal, no suprime aquella facultad creadora — no lo podría hacer sin suprimir al Derecho mismo — sino sólo la posibilidad de un discrecionalismo incontrolado, señalando al juez mediante normas generales expresas, el ámbito dentro del cual aquella creación debe realizarse.

Todavía podría agregarse, en desagravio de la Teoría ego-lógica así calumniada, que sólo ella ha defendido con rigor científico el principio “nulla poena” al mostrar el intrínseco sentido de verdadera justicia que encierra. Sobre la base del carácter racional de la verdadera justicia, y habida cuenta de la índole irracional del castigo, se llega a la conclusión necesaria — y superadora de los argumentos basados en meros buenos deseos — de que debe repudiarse la aplicación analógica del derecho penal, ya que es contrario a la razón, y por lo tanto a la verdadera justicia, extender lo irracional: “No es racional extender lo irracional y por eso la razón tiene que oponerse a la derogación del principio “nulla poena” (40).

La norma, en cuanto concepto, es un objeto ideal, vale decir que pertenece a ese reino de la idealidad donde el espacio y el tiempo no cuentan. Esta sola consideración bastaría para demostrar la imposibilidad de aplicar sin más la norma al caso individual, como quien aplica una etiqueta a una botella (41), porque entre aquélla (objeto ideal) y éste (objeto real) media el abismo de una diferencia ontológica que se opone a la posibilidad de semejante tránsito.

Para que la señalada heterogeneidad ontológica desaparezca, y con ella el hiato señalado, es menester una *realización* de la norma, lo que tiene lugar cuando y en cuanto es vivenciada por alguien. Antes de ser vivenciada la norma no está en ninguna parte puesto que el espacio es ajeno al mundo ideal; los códigos, los textos legales, sólo contienen el sustituto material de la norma: simple papel escrito. Pero al ser

(40) C. COSSIO, *ob. cit.* en nota anterior.

(41) C. COSSIO, *El Derecho en el Derecho judicial*.

vivenciada, la norma, objeto ideal, adquiere realidad en la vivencia, y sobre la base de esta vivencia y dentro del marco de posibilidades que la misma permite, es que el juez crea la norma individual. En este sentido puede decirse que una norma general se ha aplicado cuando se ha creado la norma individual que ha de regir el caso. Aplicación y creación resultan pues términos lógicamente relativos (Cossio).

Dijimos que el recurso con que cuenta la ciencia para aprehender a la huidiza realidad consiste en la representación conceptual de la misma. Esta representación conceptual debe ser adecuada al objeto, pero desde que el objeto de las Ciencias jurídicas es la conducta y desde que la conducta es libertad, se infiere que la Lógica tradicional aristotélica ciencia de los conceptos del ser, es totalmente inadecuada para dicho fin.

Esto, que hoy circula como verdad corriente, tardó sin embargo mucho tiempo en ser notado, y en el ínterin, la ciencia del Derecho no dejó de pagar un pesado tributo a dicha inadvertencia. Hay que llegar a Kelsen para asistir al descubrimiento de la Lógica jurídica o lógica del deber ser, única que permite conceptuar, mediante la norma, a la conducta en su libertad y por lo tanto al Derecho, y hay que llegar a Cossio para descubrir: que la Teoría pura del Derecho es precisamente eso, Lógica jurídica formal; para ver la norma en su integridad, y para advertir el carácter de juicio disyuntivo — y no hipotético como creía Kelsen — que la misma reviste.

No abundaremos en consideraciones sobre este tópico pero sí recordaremos que conforme a las investigaciones de Cossio la norma completa, que puede ser esquematizada de la siguiente manera: “Dado Ht debe ser P o Dado no- P debe ser S ”, consta de diez conceptos de los cuales dos son funcionales (el verbo *debe ser* y la conjunción *o*), y ocho entitativos, de tal modo que su estructura total sería la siguiente: Dado un hecho con su determinación temporal (1), debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a al-

guien pretensor (5) —endonorma—; o (6) si es la no prescripción (7), debe ser (2), la sanción (8), a cargo de un órgano obligado (9), por la pretensión de la comunidad (10).

Excedería los límites de este trabajo detenernos sobre la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y demás elementos en que ha sido escindido el delito abstractamente considerado, por los teorizadores de la concepción analítica del mismo. Pero sí diremos que prescindimos de esas nociones por diversos motivos:

1º — Por ser grande todavía la discrepancia que existe entre los penalistas acerca del alcance, significación y teorización de esos conceptos.

2º — Porque tal forma de concebir el delito lleva a resultados harto paradójicos, como ser: acciones que pueden ser calificadas de “antijurídicas” y “culpables” aunque no sean punibles por ser “atípicas” (ej. *furtum usus*); acciones “típicas” pero no punibles por no ser “antijurídicas” (ej.: homicidio en legítima defensa); acciones “típicas”, “antijurídicas” y “culpables” pero no punibles por mediar excusa absolutoria (ej. hurto entre parientes) (42).

2º — Porque la “culpabilidad” con sus elementos intelectuales y psicológicos, no es un correlato necesario de la sanción desde que no se exige su concurrencia en algunas figuras de nuestro derecho positivo. Tal por ejemplo, en opinión de Landaburu, en las lesiones en riña (43), y tal sin duda alguna, en los casos de responsabilidad de las personas jurídicas. Acerca de esto último es indiscutible que en nuestro derecho positivo se admite la responsabilidad de las personas jurídicas (leyes 2873, 3959, 11.275, 12.591, 12.830 etc.) y si ello no se concilia con la “teoría jurídica del delito” racionalmente postulada, habrá que exclamar: peor para la teoría,

(42) E. R. APTALIÓN, *ob. cit.* en nota 37.

(43) L. LANDABURU, nota bibliográfica a propósito de “El proceso ejecutivo del delito”, de J. Frías Caballero, rev. “La Ley”, t. 35, sec. bib., pág. 1185.

como dice Aftalión con elegante causticidad (44) (44 bis). Ciertamente, “il faut humilier la raison, non pour laisser place á la foi comme disait Kant, mai pour laisser place á la réalité” (45).

4º — Porque si es exacto, como lo sostiene Soler, que la construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto más práctico que cognitivo, la concepción analítica del delito no satisface dichos fines porque los esquemas metodológicos o directivos que suministra para el estudio de los casos del derecho penal, si bien seducen por su aparente rigor y prolijidad como dice Aftalión, no se compadece con lo que ocurre en la práctica.

La división del conocimiento del delito en etapas sucesivas que deben ser rigurosamente observadas sin la menor alteración del orden en que están establecidas, vale decir, examinándose progresivamente la “tipicidad” o adecuación de la conducta al “tipo”, la “antijuricidad” o ausencia de causa de justificación, la “imputabilidad” del agente o capacidad para ser culpable, la “culpabilidad” o existencia de dolo o culpa, y la ausencia de excusa absolutoria, no es observada en la práctica judicial, como lo atestigua la encuesta realizada por Landaburu entre diversos magistrados (46).

Este comportamiento de nuestros jueces, que para los partidarios de aquella concepción sería anticientífica desde que no se ajusta a las directivas que ellos les suministran, resulta ser todo lo contrario para la Teoría egológica. La necesidad de encarar el delito como un todo, y no fragmentariamente, que fué señalada por Aftalión (47), ha sido objeto de profundo estudio por parte de Landaburu (48) en el que se

(44) E. R. AFTALIÓN, *Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Rev. “La Ley”, t. 37, pág. 281.

(45) Ver también sobre esto el trabajo de JULIO CUETO RUA, citado en la nota 39’.

(46) R. RUYER, *Esquisse d’une Philosophie de la Structure*. Alcan, París, 1930, pág. 349.

(47) LANDABURU, *ob. cit.*, en nota 37.

(48) AFTALIÓN, *ob. cit.* en nota 44.

(49) LANDABURU, *El delito como estructura*, ya citado.

demuestra que tal actitud es científicamente fundada ya que, siendo el delito un tramo o mero episodio de la vida plena del delincuente, debe ser encarado en su totalidad mediante el método empírico-dialéctico, constituido sobre la base del acto gnoseológico de comprensión.

Apartándonos pues de la concepción analítica, nosotros diremos, a los fines de este trabajo y desde nuestro punto de vista, que consideramos delito a toda conducta que examinada a través de la totalidad del ordenamiento jurídico, por mediación de un órgano competente que a su vez lo integra, es estimada como condicionante de la imposición de una sanción.

IV. LA VALORACIÓN JUDICIAL

Sabemos que "objeto cultural" es todo aquello que hace el hombre actuando según valoraciones⁽⁴⁹⁾. La conducta humana es cabalmente eso: un actuar según valoraciones, y de allí su carácter de objeto cultural por excelencia (objeto egológico).

Cuando el juez estima una conducta a través de la totalidad del ordenamiento jurídico a fin de establecer si debe ser o no considerada como condicionante de la imposición de una sanción, o lo que es lo mismo, para concluir si debe ser o no considerada delito, formula a su respecto un juicio axiológico en relación a los llamados valores jurídicos, que son los valores intersubjetivos de conducta toda vez que el Derecho es, precisamente, conducta en interferencia intersubjetiva.

Y bien; deseamos aclarar desde ya que al hablar de valores y valoraciones adoptamos, con referencia al tema y desde el punto de vista de la axiología jurídica positiva, una posición francamente realista que nada tiene que ver con las corrientes de pensamiento que ven significadas en estos términos verdaderas "cosas en sí", hacia las cuales tendería te-

(49) C. COSSIO, *El Derecho en el Derecho judicial*, pág. 24.

leológicamente la normatividad legal; vía esta fallida por la que se ha pretendido vitalizar, en un intento frustrado de conectarlo con lo real, al Derecho de las concepciones puramente formalistas, según ya lo dijimos.

Cuando hablamos, aquí, de valores, nos referimos a un aspecto fundamental de nuestras vivencias y no a algún ente hipostasiado.

En los afanes de nuestro bregar cotidiano, las realidades que vamos captando son estimadas vivencialmente como valiosas o desvaliosas; una especie de eco o resonancia sentimental las va subrayando de ese modo. Cada una de las situaciones vividas se va tiñendo en lo íntimo de nosotros con los colores que le presta la gama infinita de matices de nuestros estados emocionales. Sobre este supuesto descansa la estimativa de los valores y en él encuentran su fundamento las predicaciones axiológicas y juicios de valor.

A partir de las vivencias vamos escalonando jerárquicamente nuestros valores, no sin frecuentes rectificaciones y tanteos. Podemos prestar respetuoso acatamiento al juicio que proclama la excelsa belleza de la música de Bach, pero dicho juicio sólo será verdadera predicación axiológica nuestra, cuando y en la medida en que experimentemos emocionalmente en nosotros mismos, la belleza afirmada en aquella enunciación.

En virtud de esta experiencia personal, presuntos valores nacidos al calor de un entusiasmo del momento van mostrando poco a poco su vacuidad, en tanto que otros, tenidos al principio en menos, se afirman y se enaltecen cada vez más a nuestros ojos. Existe como una ley interna que hace que los estados emocionales que suscitan los pseudos valores, se vayan embotando con la reiteración de la vivencia, al extremo de que pueden cambiar de signo al trocarse la emoción inicial en indiferencia, y luego en desagrado o disgusto. En cambio, las repercusiones afectivas de los valores verdaderos se van mostrando cada vez más hondas y entrañables.

“Para comprender tales hechos psicológicamente — dice

Félix Krueger — es preciso libertarse del fenomenalismo dogmático en auge en el siglo XIX, el cual ha estrechado el horizonte de nuestra psicología científica, en su afán, extraviado, de modelarla sobre la física. Es preciso a atravesarse a abordar el estudio de las formas estables y duraderas de la psique, remontarse — al menos por vía hipotética — hasta las *disposiciones* que condicionan la vida psíquica; y finalmente hasta el ensamblaje estructural de las mismas: el todo operante del alma y el organismo”. Así se expresa el ex-profesor y rector de la Universidad de Leipzig, y sucesor de Wundt en el Instituto de Psicología de la misma (50).

Y por su parte nos dice Spranger: “Es precisamente *el vivir los valores* lo que organiza interiormente al hombre. “Dime lo que para ti es valioso y te diré quién eres”; así podría reformarse un antiguo refrán. La estructura de una personalidad descansa sobre la dirección y estratificación de sus disposiciones sobre los valores. Una dirección determinada en el valor y por lo tanto también en el vivir y crear ocupa siempre el ápice de la personalidad. Las demás son subordinadas, muy variables en fuerza y en matización de su contenido. Vivir, querer, crear valores” (51).

Pero es Dilthey — a quien seguiremos en este tema ya que sus trabajos, según la autorizada opinión de Imaz, constituyen el fundamento de cuanto ahora se va pensando sobre el problema filosófico del saber cultural o histórico — es Dilthey, repetimos, quién más ha insistido acerca de la inmanencia de los valores en la vida, como previniéndose y previniendo a los demás, de los riesgos a que exponen los deslices hipostasiantes. A cada paso en su obra, y bajo formas diversas, encontramos reiterada la misma idea fundamental. En su obra, sin duda capital, “El Mundo histórico”, dice con insistencia: “Un valor es para mí lo que he vivido en el senti-

(50) FÉLIX KRUEGER, *Estudios psicológicos*. Universidad Nacional del Litoral, 1939.

(51) EDUARDO SPRANGER, *Las ciencias del espíritu y la escuela*. Buenos Aires, 1942, pág. 48.

miento como valioso” (62). “Cuando vivimos en el presente, henchido de realidad, experimentamos en el sentimiento *su valor positivo o negativo*” (63). “Desde el punto de vista del valor, la vida aparece como un cúmulo infinito de valores de existencia negativos o positivos” (64) etc. etc.

En la unidad estructural de la vivencia se muestran siempre ensambladas las tres actitudes fundamentales del “yo”: captación de realidades, estimación de valores y establecimiento de fines y reglas.

En la interacción del “yo” y “el mundo”, de la “mis-midad” y “lo otro”, concurren constantemente estos tres modos estructurales de relación, que no son tres facultades irreductibles a la manera de Kant, sino tres modos de comportarse el yo —“yo mismo”— con el objeto: aprehendiéndolo, sintiéndolo o queriéndolo (65).

En otras palabras: la actividad intelectual — conocimiento en sentido estricto —, la sentimental y la volitiva aparecen siempre unidas en la vivencia como resultado necesario de su particular índole estructural; todos nuestros estados vivenciales no son más que variaciones de este triple acorde fundamental.

Resulta por lo tanto que la esfera de nuestro “saber” es más amplia que la de nuestro “conocer”, porque ésta se refiere únicamente a la actividad intelectual, en tanto que hay, además, un saber acerca de valores que arraiga en el sentimiento y un saber acerca de fines y reglas que lo hace en la voluntad.

La vida plenaria humana es algo más que el simple juego de la razón. Anulado en el sentimiento y en la voluntad, Hamlet se ahoga dentro del círculo de sus propias ideas como dentro de una cárcel, sin fuerzas para abatir los muros. El intelectualismo del siglo XVIII, que sólo confiaba en la

(62) G. DILTHEY, *Mundo histórico*, México, 1944, pág. 81.

(63) Id. id., pág. 225.

(64) Id. id., pág. 226.

(65) E. IMAZ, *El pensamiento de Dilthey*, pág. 174.

razón, corrió un riesgo semejante hasta que vino a salvarlo la Revolución romántica con su exaltación del sentimiento, motor éste nada desdeñable en la vida de los hombres y los pueblos.

Algo de esto había captado ya la intuición genial de Dostoyewsky cuando decía: "La razón no es más que la razón y no satisface más que la capacidad humana de razonar mientras que la voluntad es la manifestación de toda la vida humana, comprendida la razón y todo lo que la burla. Y aunque nuestra vida en esta manifestación aparezca muy mediocre, es sin embargo la vida y no la extracción de la raíz cuadrada. La razón conoce solamente aquello que ha logrado aprender, pero la naturaleza humana actúa toda entera por todo lo que está en ella, consciente o inconscientemente."

La teoría del conocimiento en boga, limitada a la actividad razonadora, no podía satisfacer la amplia visión de Dilthey que aspiraba a aprehender la realidad íntegra, sin mutilaciones, sabiendo que no se puede ir más allá de la vida, es cierto, pero sabiendo también que no hay derecho a quitarle nada de lo que le pertenece. Por eso dirá: la teoría del "saber" que perseguimos, pretende abarcar de igual manera el conocimiento de la realidad, la estimación de valores y la proposición de fines o reglas.

De ser exacto, como lo expresa Dilthey, que cada una de las ciencias del espíritu aparece integrada por ese triple saber acerca de hechos, valores y fines, y de ser verdad, como también expresa, que "la vida histórico-social avanza constantemente de la captación de la realidad, a la determinación de valores y de éstos, al establecimiento de fines y reglas" (56), tal ensamblaje debiera encontrarse en la Ciencia jurídica, desde que ésta es una ciencia positiva del espíritu. ¿Se da efectivamente en el Derecho esa triple conexión estructural?

Si contemplamos a la Ciencia jurídica con el enfoque tradicional dicha pregunta aparece desprovista de sentido, o dota-

(56) G. DILTHEY, *Mundo histórico*, pág. 7.

da de un sentido muy poco claro, pero si lo hacemos a través de la concepción egológica, el problema se ilumina vivamente, tanto en lo que toca al interrogante como en lo que concierne a la respuesta.

Porque si se indaga acerca de la índole de la actividad judicial, por ejemplo, a la luz de la Teoría egológica, encontramos en la vivencia del juez, perfectamente ensambladas, a estas tres actitudes fundamentales del yo, típicas de todo saber científico cultural: captación de la realidad en que consiste el hecho concreto de conducta sometido a su decisión, estimación valorativa de la misma en un acto de "intuición emocional axiológica", y por último, en función volitiva o voluntarista, creación de la norma individual que ha de reglar ese caso concreto.

Si desde el punto de vista del carácter genérico de la representación conceptual de la norma general resultaban necesarios el voluntarismo y creacionismo del juez, vemos que exactamente lo mismo ocurre partiendo de la concepción diltheyana acerca de las actividades fundamentales del yo.

Pero a esta altura de la exposición se hace ineludible la presencia de otro interrogante, porque si las valoraciones dependen de ese algo tan íntimamente individual como son las vivencias ¿cómo superar el subjetivismo y por consiguiente el relativismo a que tal circunstancia parece conducirnos fatalmente?

Como era fácil de prever este problema no pasó inadvertido para Dilthey y la solución la da, principalmente, cuando nos habla de la "experiencia general de la vida" y del "espíritu objetivo", expresión esta última que tiene para él un sentido diverso del que le asignaba Hegel.

Se nos excusará la transcripción de dos citas un poco extensas, pero lo difícil y delicado del problema justifica sobradamente que busquemos el apoyo de un pensador de la magnitud de ese filósofo.

En un pasaje encontramos lo siguiente: "El punto de vista individual, que inhiere a la experiencia de la vida personal,

se rectifica y ensancha con la “experiencia general de la vida”. Comprendo con esta expresión los principios que se forman en un círculo de personas conexas de alguna manera y que son comunes a las mismas. Se trata de juicios acerca del curso de la vida, de juicios de valor, de reglas de conducta, de determinación de fines y de bienes. Se caracterizan por ser creaciones de la vida común. Y afecta lo mismo a la vida de la persona individual como a la de las comunidades. A primera vista parecen ejercer ya como costumbres, tradiciones, como opinión pública que presiona a la persona individual — en virtud del sobrepeso del número y de la duración de la comunidad, que excede a la del individuo — un poder sobre la persona y su experiencia y poder vital individuales muy superior, por lo general, a la voluntad del individuo. La seguridad de esta experiencia general de vida es mucho mayor que la de la experiencia personal, porque los puntos de vista individuales se compensan recíprocamente y crece el número de casos que se hallan en las base de las inducciones. Por otra parte, en esta experiencia general se hace valer, con mucho más fuerza que en la experiencia individual, el carácter incontrolable de las fuentes de su saber acerca de la vida” (57).

Y en otro pasaje, hablando del espíritu objetivo nos dice esto: “Entiendo por “espíritu objetivo” las formas diversas en las que la comunidad que existe entre los individuos se ha objetivado en el mundo sensible. En este espíritu objetivo el pasado es para nosotros presente permanente. Su ámbito alcanza desde el estilo de vida, desde las formas del trato hasta las conexiones de fines que la sociedad ha establecido, las costumbres, el derecho, el estado, la religión, el arte, las ciencias y la filosofía. Porque también la obra del genio representa una comunidad de ideas, de vida anímica, de ideal en una época y en un contorno. De este mundo del espíritu objetivo recibe nuestro propio yo su alimento desde la niñez. Representa también el “medio” en que se lleva a cabo la com-

(57) G. DILTHEY, *ob. cit.*, pág. 155.

prensión de otras personas y de sus manifestaciones de vida. Porque todo aquello donde el espíritu se ha objetivado contiene algo común al yo y al tú. Todo lugar ornado de árboles, es para nosotros algo comprensible desde niños, porque la adopción de fines, el ordenar, el valorar humanos, como algo común, ha asignado su lugar y su misión a esos objetos. El niño crece dentro del orden y costumbres de su familia, costumbres y orden en las que participa con los otros miembros, y las indicaciones de su madre son entendidas por él en esa conexión. Antes de aprender a hablar, está ya inmerso en un medio de "comunidades". Y aprende a comprender los ademanes y los gestos, los movimientos y las llamadas, las palabras y las frases, porque tropieza con ellos como idénticos y guardando la misma relación con aquello que significan y expresan. Así se orienta el individuo en el mundo del espíritu objetivo" (58).

Es que el hombre, como ente aislado, sólo es concebible por abstracción. En la realidad sólo se da en la convivencia. Existir es co-existir. Desde que nace hasta que muere vive en interacción con los demás hombres en el seno de su mundo social-histórico, cálido y plástico, al que tanto forma como se deja formar por él. Su experiencia personal se nutre y se rectifica en la experiencia general de la vida, y de esta existencia en común surgen las valoraciones, también comunes, que informan la vida de las colectividades en cada momento de su historia.

Vivimos en un clima de valoraciones participando de ellas. El constituyente, el legislador, el juez, en cuanto hombres, no escapan a esa regla. En las esferas de sus respectivas actuaciones se hacen intérpretes de las valoraciones que rigen en su medio, que son las suyas propias.

De ese modo, la valoración vigente aparece enunciada en la ley no porque la norma sea un valor, sino porque supone un juicio de valor: el que realizó previamente el legislador, actuando dentro del marco que la Constitución le señala, para

(58) Id. id., pág. 233.

imputar determinada consecuencia a la conducta que genéricamente considera. Y de análoga manera, la valoración vigente aparece en la sentencia, no porque la norma individual sea un valor, sino porque supone el juicio de valor realizado previamente por el juez, obrando dentro del ámbito que la ley le indica, para imputar determinada consecuencia a la conducta que individualmente contempla.

El hecho de que las valoraciones vigentes en un medio nazcan en el seno de la comunidad por obra de la coexistencia de los hombres y como fruto de sus interacciones, por cuyo motivo representan un sentir común o compartido, asegura desde este ángulo el carácter objetivo de las mismas. Pero por otra parte, y en lo tocante a la actividad valorativa del juez, bueno será tener en cuenta que cuando éste, con las circunstancias del caso, suministra en la sentencia el punto de vista en que se ha situado para hacer su estimación, hace factible el juicio de la objetividad de sus valoraciones, porque si el citado punto de vista es susceptible de intersubjetividad, queda abierta la posibilidad de que aquello que es para él sea también para los demás, lo cual constituye la esencia de lo objetivo para Husserl, en cuanto considera como tal a lo intersubjetivo trascendental⁽⁵⁹⁾.

OSCAR CESAR BLARDUNI

Miembro del Instituto Argentino de Filosofía
Jurídica y Social

(59) C. COSRIO, *El Derecho en el Derecho judicial*, pág. 155.

