

CARLOS COSSIO

BIBLIOTECA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Lex

LAS LAGUNAS DEL DERECHO



Ediciones
Olejnik

BIBLIOTECA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Carlos Alarcón Cabrera
(Director)

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca
(Coordinadores Generales)

CARLOS COSSIO
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Buenos Aires

LAS LAGUNAS DEL DERECHO

EDICIÓN AL CUIDADO DE
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
BENIGNO CHOQUE CUENCA



LAS LAGUNAS DEL DERECHO

© CARLOS COSSIO

© Ediciones Olejnik

Huérfanos 611, Santiago-Chile

E-mail: contacto@edicionesolejnik.com

Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición: 2018

ISBN: 978-956-392-164-9

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Janett Ruiz Rebaza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina

2018

Printed in Argentina

ÍNDICE

CAPÍTULO I: Lineamientos filosóficos del problema	9
CAPÍTULO II: El derecho como problema de inmanencia.....	59
CAPÍTULO III: Finitud lógica y saber acumulativo en la ciencia del derecho	99

CAPÍTULO I

LINEAMIENTOS FILOSÓFICOS DEL PROBLEMA

¿Hay lagunas en un ordenamiento jurídico positivo? ¿Puede considerarse que este problema está resuelto, y definitivamente resuelto, por la teoría jurídica; o cabe pensar, acaso, que es todavía una cuestión pendiente porque los argumentos en pro y en contra de la tesis son igualmente poderosos y convincentes?

La primera pregunta ha de ser entendida en el sentido de si hay casos judiciales que no son ni pueden ser comprendidos substituidos en los géneros normativos de un sistema legal, de tal manera que los casos en cuestión escaparían, como a través de un agujero, a toda solución lógico-legal desde que el ordenamiento jurídico-positivo, conteniendo estos claros o lagunas, contendría lugares neutros o espacios sin juridicidad que, de una u otra manera, serían espacios situados al margen o más allá de las posibilidades jurídicas del propio ordenamiento. Dicho de otra manera, se trata de saber si un litigio jurídico puede no ser susceptible de decisión de acuerdo a las normas vigentes, porque la ley no pudiera aplicarse por falta de un precepto referible a este caso, en el sentido de que la decisión se torne lógicamente imposible precisamente por falta de una norma que

la convalide.¹ Como puede apreciarse, este problema no interesa sólo a este o aquel ordenamiento jurídico-co-positivo, sino a todos los ordenamientos habidos y por haber, pues, en verdad, con la cuestión de las lagunas del Derecho lo que se discute es la noción misma de ordenamiento jurídico.

La segunda pregunta ha de ser entendida sobre la base de no ignorar el planteamiento que ha alcanzado el problema y la naturaleza de las cuestiones debatidas, pues no basta argüir que hay argumentos en pro y en contra para tener a la cuestión como pen-

1 Kelsen, *La Teoría pura del Derecho*, págs. 138 y 139 da su respuesta sobre la base de este planteamiento claro, preciso y unívoco: "No hay, empero, auténticas *lagunas*, en el sentido de que un litigio jurídico no fuera susceptible de decisión conforme a las normas valederas, porque la ley -como se dice- no pudiera aplicarse por falta de un precepto referible a ese caso". "La expresión *lagunas* hace creer que una decisión se torna lógicamente imposible a falta de una norma".

Kelsen, *Legal Technique in International Law*, pág. 21: "No hay tal cosa semejante a una laguna, es decir la imposibilidad lógica de decidir un caso concreto sobre la base de las normas vigentes".

Por lo demás este planteamiento preciso ya venía formulado desde 1902, por ZITELMANN, en su famosa prolusión *Las Lagunas del Derecho*: "Se dice que hay laguna en la aplicación del Derecho en cuanto el derecho positivo, ante, un caso que la práctica le presenta, no proporciona decisión alguna, y en cuanto la respuesta a una cuestión determinada no se puede inferir del mismo". (En "Revisita general de Legislación y Jurisprudencia", tomo 140, pág. 540.

diente. Cuando los argumentos tienen diferente rango (por ejemplo, si alguno nace de un equívoco), es ineludible esclarecer esta diferencia antes de sentar una conclusión. En tal sentido, cuando se debate un problema de naturaleza lógica, como es el presente que es problema de lógica jurídica *stricto-sensu*, cabe aceptar esta o aquella solución y equivocarse aquí o allá; pero no cabe suspender el juicio como si faltaran elementos para pronunciarse o como si hubiera iguales razones en pro y en contra, porque en materia de Lógica -y en general en las ciencias concernientes a objetos ideales- junto con la formulación de un problema se dan todas las cosas que han de tenerse en cuenta para su solución. La historia del problema ofrece, sí, soluciones en pro y en contra; pero no el problema mismo.

Responderemos simultáneamente a ambas preguntas siguiendo el método, harto sencillo, de enunciar e iluminar las diferentes soluciones que se han dado al problema mismo.

1º) *El realismo ingenuo* afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico e invoca como explicación suficiente las limitaciones naturales de la inteligencia humana y la riqueza creadora de la vida, de manera tal que por grandes que sean la sabiduría y la previsión del Legislador, siempre aparecerán en la vida casos imprevistos que hagan patente la insuficiencia de la ley porque la vida es, en realidad, fuente inagotable de situaciones nuevas.² Así, cada humana

2 EDUARDO B. BUSSO y otros, *Código Civil Anotado*, obra en trance de publicación, comentando el Art. 16 del Código

imprevisión del Legislador, por un lado, y cada situación radicalmente nueva de la vida, por otro, perforan constantemente el ordenamiento jurídico de modo que, al decir de RADBRUCH, el ropaje de la ley, que parece un manto imperial mientras se lo usa, resulta la raída túnica del pordiosero una vez que uno se lo quita de los hombres.³ Típico de esta posición es el siguiente raciocinio: la electricidad no era un bien comerciable en la época en que se sanciona el Código Napoleón; luego es claro que cuando la electricidad

Civil Argentino, dicen en el párrafo 19: "Interpretar la ley es descubrir la voluntad del legislador en el momento en que aquélla fue dictada, y como no es posible que el legislador lo prevea todo, es necesario *suplir los claros* de la ley con elementos extraños a la misma". Y en el párrafo 96 insisten: "Ha dado lugar a una abundante literatura el problema de *las lagunas de la ley*. A nuestro juicio es imposible que el legislador pueda preverlo todo. Llega, en consecuencia, un momento en que el intérprete del derecho positivo se halla desprovisto de todo apoyo formal". Sin embargo estos autores, en el párrafo 97, parecerían virar hacia la posición ecléctica, que comentamos más adelante, con una fugaz referencia a las lagunas del Derecho como algo diferente de las lagunas de la ley. Pero este párrafo va con tipografía subalterna; además la distinción no es aprovechada en el Comentario y está referida con verbo en modo condicional.

- 3 Y con estos conceptos agrava su bella y difundida metáfora: "El jurista debe ser capaz de ver únicamente en los hombres vivientes un esquema jurídico". "Basta para hacer patente la pobreza de lo que el derecho capta de una realidad vital, la comparación de la biografía de un gran hombre con su precipitado jurídico" (GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, pág. 133).

aparece como un bien de comercio, mal se pueden aplicar a ella las normas del Código Napoleón; el Legislador no previó, porque no pudo haberlo hecho, las situaciones jurídicas anexas al problema de la electricidad, con lo cual estas situaciones quedan en un hueco sin normas, que es una laguna jurídica, empotradas en el seno del ordenamiento vigente.

La ingenuidad de esta posición realista, que es patente, consiste en que se verifica un hecho (en nuestro ejemplo se verifica que la electricidad no fue tenida en cuenta por los autores del Código Napoleón); y luego se presupone que el ordenamiento jurídico sólo es el catálogo abstracto de los casos contemplados, donde los casos están simplemente yuxtapuestos o recopilados precisamente porque se trata de casos contemplados y porque basta que hayan sido contemplados para adquirir todos sus atributos jurídicos. Es de notar que únicamente bajo tan peregrina presuposición puede inferirse que un caso no contemplado por el Legislador, constituye una laguna o hueco del ordenamiento jurídico, porque todo esto gira en torno a la identidad que se postula entre la ley y la intención del Legislador.

Sin duda, una ley constituye la fórmula abstracta y genérica de indefinidos casos. Pero además es una estructura y, en cuanto tal, excede a la pluralidad de casos que representa puesto que toda estructura, en tanto concepto, es una totalidad lógica que se cierra y concluye en sí misma. El siguiente ejemplo nos ilustrará sobre esta cuestión: si en el pizarrón me dan tres puntos para dibujar un ángulo, puede señalarse a qué distancia del vértice están los puntos laterales que me han sido dados y qué espacio queda

dentro del ángulo; pero el ángulo como estructura así constituida no depende de la distancia que guarden los puntos laterales respecto del vértice (cuestión de hecho), porque lo mismo servirían para definir la misma estructura cualesquiera otros puntos de los lados; el ángulo como estructura superpone su realidad ideal (que es conclusa y totalizadora), a la realidad empírica de los tres puntos que, de hecho, se dieron para definirlo. Así en la ley, los casos que se enuncian por el Legislador al formularla, son como los tres puntos de nuestro ejemplo dados para construir el ángulo, puntos que en su correlación implican una estructura en tanto cumplen una función que los excede como hechos y que podría haber sido idénticamente definida por otros hechos. Si de la ley se puede decir que es una estructura, no se puede decir otro tanto de la intención del Legislador, que es un simple hecho.

Esta ceguera para las estructuras es lo que invalida radicalmente la respuesta del realismo ingenuo a nuestra cuestión. Ninguna clase de experiencia puede ser conocida al margen de estructuras gnoseológicas, las que, por el contrario, condicionan y prefijan lógicamente toda experiencia. Y la experiencia jurídica no hace excepción. En este sentido una norma general como la ley es gnoseológicamente una estructura a la par de otras, entre sí solidarias, que aparecen en la experiencia jurídica. Y la magna conquista del pensamiento jusfilosófico contemporáneo consiste en haber puesto bien en claro, cuán compleja y delicada es la trama completa de la estructura del fenómeno jurídico, siendo precisamente, como hemos de ver, uno de sus perfiles el de la plenitud her-

mética del ordenamiento jurídico. De ahí que cuando el realismo ingenuo verifica un hecho como el citado y luego lo maneja o interpreta prescindiendo de la estructura jurídica en que se da, se coloca en una posición que desvasta la Ciencia del Derecho.

Es así que se advierte sin dificultad el vicio metodológico de casuismo en que incurre la tesis de que hay lagunas en el ordenamiento jurídico, pues, en efecto, si se afirma esta conclusión sobre la base de que la ley no admite ser referida a un caso no previsto por el Legislador, esto implica concebir el Derecho como el catálogo de casos abstractamente señalados en las leyes; con lo cual se tiene en cuenta una pluralidad de casos individualizados y no una totalidad sistemática. Es decir, que la estructura que totaliza, y con ello constituye, la unidad de la experiencia jurídica, viene a ser reducida al hecho de los casos enunciados, en lo cual se confunde la realidad enunciada de casos con la posibilidad de estructuración de casos. Y es claro, como enseña la Lógica, que el método empírico-objetual, que es adecuado para establecer la verdadera realidad enunciada de casos, no es adecuado para establecer la posibilidad de estructuración de casos, porque este último menester opera con meros conceptos, es decir con objetos ideales y, por lo tanto, metódicamente se cumple en un proceso racional-deductivo.

Es así también que cabe tener en cuenta que el realismo ingenuo no considera para nada el principio estructural fundamental de que *todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido*. Sin duda, no se puede afirmar esta proposición y, al propio tiempo, sostener la existencia de lagunas en el Derecho, por-

que con lo segundo se niega lo primero: si algo está jurídicamente permitido, eso mismo ya no está carente de regulación, por muy inconveniente que se estime el modo como está regulado. Por lo demás, estando en la concepción de este principio fundamental, la clave de la solución de todo el problema, nos remitimos para su discusión a lo que se dice al respecto más adelante, aunque insistiendo en el vacío del realismo ingenuo sobre el punto.

Por todo esto es que la tesis realista-ingenua, de que hay lagunas en el ordenamiento jurídico, llega a inconsecuencias y contradicciones que el pensamiento científico no puede aceptar sin destruir la unidad y la coherencia que le son inmanentes. En este sentido señalaremos una inconsecuencia que, decisiva por su importancia y suficiente para que el jurista abandone esta posición, no puede resolverse dentro de la tesis realista-ingenua. Nos referimos a la manera cómo violenta otros principios más importantes del ordenamiento jurídico, la tesis de que hay lagunas en el Derecho; principios que, por otra parte, no se desconocen por quienes la sustentan. En efecto, se admite que el juez juzga aplicando la ley; que la sentencia no es una decisión por el azar ni una decisión por arbitraje, sino una decisión de acuerdo a un principio regulador. El juez como ejecutor de la ley es clave de bóveda en los regímenes jurídicos, cualquiera sea la distancia a que se lo coloque de la norma que ha de fundar su decisión; y todo lo que se ha escrito sobre la irretroactividad de las leyes, no hace sino exteriorizar los diversos matices con que juega este principio inalterable. Pero si hubiera lagunas en el ordenamiento jurídico, querría decir que el juez juzga

sin norma positiva que lo regule, creando la norma individual de la sentencia al margen de la lógica del deber ser (con lo cual semejante sentencia no debería ser) y enunciando en la sentencia, a-posteriori de los hechos, el principio regulador general que en teoría ha de preceder a la sentencia.

Con esto el realismo ingenuo, en cuanto aspira a ser ciencia jurídica, se contradice doblemente: se contradice porque una sentencia dictada al margen de la lógica del deber ser, es una sentencia que no debería ser. Y se contradice porque la teoría jurídica afirma la precedencia de la norma general respecto de la sentencia, con lo cual, ocurriendo lo contrario en esta hipótesis, los hechos quedarían sin conceptualización teórico-jurídica, es decir sería imposible pensarlos científicamente. Pues, en efecto, la mera suposición resultante, de que se haría ciencia jurídica dogmática colocando las normas generales a-posteriori de las normas individuales, es un contrasentido lógico porque destruye la posibilidad de la subsunción que caracteriza toda construcción dogmática.

Debemos recalcar que esta estructura invariable⁴ del pensamiento científico-jurídico, en cuya vir-

4 Ver Kelsen, *Naturrecht und positives Recht*. Por lo demás el carácter lógico-esencial de esta relación invariable en el movimiento dinámico del Derecho hacia su concreción, es un *leit-motiv* de la Teoría pura del Derecho; véase Kelsen, *Teoría general del Estado*, cap. VII, N° 33; Kelsen, *Compendio de Teoría general del Estado*, cap. III, N° 51 a 58; Kelsen, *Idea del Derecho natural*; Kelsen, *La Teoría pura del Derecho*, cap. V; LUIS LEGAZ y LACAMBRA, *Kelsen*, cap. IV; TOMMASO CASTIGLIA, *Stato e Diritto in Hans Kelsen*, caps.

tud la norma general precede lógicamente a la norma individual dándole así a ésta su fundamento de validez lógica, no está afectada por el hecho de que el ordenamiento jurídico se configure mediante la extensión interpretativa, recurriendo a la analogía o a los principios generales del Derecho, tal como ocurre en las relaciones civiles o comerciales. La discusión que han suscitado los penalistas sobre el punto, a raíz de los regímenes penales soviético y nazi, no significa discutir la juridicidad de los ordenamientos penales que admiten ilimitadamente la analogía en materia penal, llevando a esta órbita (teóricamente al menos, aunque de hecho otra cosa pueda suceder) el régimen jurídico que rige en la órbita civil y cuya juridicidad no es materia de dudas. La discusión suscitada por los penalistas es de naturaleza axiológica porque afecta sólo al contenido estimativo del derecho penal; es decir, la oposición de los penalistas liberales se funda en que con el régimen de la restricción interpretativa (principio de reserva) se pone a salvo la libertad individual y sus derechos anexos, con lo cual el derecho penal liberal es más justo que el derecho penal totalitario porque estimamos en más el valor de la libertad individual que los beneficios que se derivarían de dar igual trato a las cosas semejantes, fundados en dicha semejanza (extensión interpretativa).

VII y XII; JAROMIR SEDLACEK, *Interprétation et application de la règle du Droit*; LUIS RECASENS SICHES, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, cap. X, N° 10; A. S. DE BUSTAMANTE Y MONTORO, *Teoría general del Derecho*, libro II.

Aclarado, pues, el hecho de que la precedencia de la norma general respecto de la norma individual de la sentencia, es una estructura lógica del derecho positivo que no se encuentra afectada por ninguna variación concreta del mismo y que, en tal sentido, una sentencia ha de fundarse siempre en una norma general del propio ordenamiento jurídico, sea que invoque la norma cuyo contenido es la analogía o los principios generales del Derecho, sea que invoque la que excluye estos contenidos estimativos;⁵ aclarado esto, debemos agregar que si hemos considerado la tesis del realismo ingenuo jurídico con una extensión mayor que la usual, se debe a que ella cobija en germen todos los equívocos y desaciertos que han impedido el correcto tratamiento de este problema. La verdad es que la Ciencia del Derecho en general, todavía está en la etapa rudimentaria del realismo ingenuo como una consecuencia del retraso con que ha llegado a la posesión del instrumento lógico del pensar jurídico (lógica del deber ser); y, como es natural, aquella posición filosófica se hace tanto más patente cuanto más una teoría remonta el vuelo en alas de la generalización científica. Así, una teoría jurídica, cuanto más importante hubiere de ser, tanto más tardada de realismo ingenuo resulta comúnmente en las

5 Además de lo que decimos sobre este punto en nuestro libro *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, ver el notable artículo de Luis LEGAZ y LACAMBRA: *La Plenitud del Orden jurídico*, el que aceptando nuestro punto de vista, trata en particular de la validez del postulado de la plenitud hermética en los regímenes totalitarios.

redes de la lógica del ser que se le impone por la fuerza de la tradición.

2º) *El empirismo científico* afirma la inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico y sostiene que esta tesis se demuestra acabadamente mediante una inferencia inductiva que parte de las normas positivas generales contenidas en el propio ordenamiento. Esta tesis fue enunciada por ZITELMANN y luego llevada a madurez por DONATI, con quien alcanza su formulación clásica dentro del cientificismo, por cuya razón seguiremos preferentemente su pensamiento.

Tanto ZITELMANN como DONATI advierten que, en el Derecho, todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. Pero mientras ZITELMANN ve en esto una norma “que se sobreentiende por sí misma, sin necesidad de expresarla” y que es norma negativa⁶ porque no establece consecuencias jurídicas de

6 ZITELMANN, *Las Lagunas del Derecho*, en “Revista general de Legislación y jurisprudencia”, t. 140, pág. 554: “Son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario”. A esta la califica ZITELMANN de “regla general fundamental negativa”. ZITELMANN concibe el ordenamiento jurídico como algo constituido por esta regla negativa a la que hacen excepción las otras reglas del ordenamiento, comparándolo como un mar lleno de islas: allí donde no hay tierra, hay mar. Las reglas positivas ordenan o establecen el castigo o la indemnización u otra cosa que se liga a un acto como su consecuencia, en tanto que la regla negativa básica no liga ninguna consecuencia a un acto. Por eso ésta es negativa y aquéllas son excepciones. ZITELMANN no vio la obligación general de no hacer que está ligada a la norma básica como el deber de los demás.

ninguna especie sobre las acciones a que se refiere, á diferencia de las normas positivas del ordenamiento que anexan un castigo, una indemnización u otra consecuencia a los actos; DONATI, en cambio, en el postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, ve una norma que integra el ordenamiento jurídico en un pie de igualdad con las otras normas y con su misma positividad, norma que es también positiva o afirmativa porque su consecuencia jurídica consiste en una obligación de no hacer por parte de los demás, ligada a la libertad del sujeto actuante.⁷

No parece que la llamara norma negativa por estar ligada a una obligación de no hacer, desde que las obligaciones singulares de no hacer están referidas a normas positivas. Por lo demás, ZITELMANN es expreso al decir que “una laguna en el sentido de que el juez, según la ley, no puede dar una decisión, no existe” (lug. Cit., pág. 553).

- 7 DONATO DONATI, *Il problema delle lacune dell' ordinamento giurídico*, pág. 38; “Nosotros afirmamos que una norma puramente negativa no puede tener valor constitutivo de la norma complementaria que clausura un determinado ordenamiento jurídico. Una norma puramente negativa no es realmente una norma jurídica, sino simplemente la exclusión de normas jurídicas. Una norma jurídica es una orden de la que derivan derechos y obligaciones; una norma negativa, al revés, no es una orden sino una exclusión de la eficacia de otras órdenes para los casos por ella determinados”. “De la norma de clausura derivan derechos y obligaciones diferentes de aquellos producidos por las múltiples normas particulares, es decir que la propia norma es productora de una nueva relación jurídica” (pág. 42). “En una palabra, cuando la ley

DONATI, con su concepción de este problema, acusa la siguiente superioridad sobre ZITELMANN:⁸ restituye a la imputación jurídica, la totalidad del

dice a los súbditos: yo quiero solamente estas determinadas limitaciones, ella les dice también: yo quiero que cada uno de vosotros *se abstenga* de cualquier acción que pueda significar para los demás una limitación más allá de aquellas que he señalado" (pág. 42).

Por lo demás, DONATI, con buenas razones, rechaza la posibilidad de que haya lagunas de la legislación que no fueran también lagunas del ordenamiento jurídico: "Sostenemos que no se puede distinguir entre lagunas de las leyes y lagunas del ordenamiento jurídico, pues decir lo uno es decir lo otro, y viceversa, puesto que una vez afirmada la existencia de lagunas en la legislación, ya no es más posible ponerse la cuestión de si existen lagunas en el ordenamiento jurídico: la existencia de éstas está ya afirmada al afirmarse la existencia de lagunas de la legislación" (pág. 31).

- 8 Aunque es justo consignar que en muchos otros aspectos, el genio jurídico de ZITELMANN toma un vuelo desconocido para el maestro italiano, preso en el rígido intelectualismo tradicional. Tal así la beligerancia que da ZITELMANN a los juicios de valor al distinguir entre leyes que deben corregirse o que deben completarse. Ambas cosas las hace el juez "en valoraciones y apreciaciones, en impresiones y concepciones de un colorido subjetivo, las cuales, por la ley misma y únicamente por ella, no se dejan justificar" (ZITELMANN, *Las Lagunas del Derecho*, lug. Cit., tomo 141, pág. 132). En todo esto su pensamiento tiene la más lozana actualidad. Sobre este punto, y en particular sobre la objetividad de la valoración jurídica, en contra de ZITELMANN, ver nuestro libro *Ciencia e Interpretación*, (en prensa).

comportamiento humano. No es cierto que haya ninguna acción humana que escape jurídicamente a la conceptualización deber-facultad. No hay tales acciones desprovistas de consecuencias normativas en el Derecho positivo puesto que esa zona de libertad donde refluye y confluye lo permitido, está calificada de lícita por el Derecho; y precisamente porque es lícita, es zona de libertad jurídica; lo permitido es lícito y sólo porque es lícito es permitido. Y esto quiere decir que alguien tiene la facultad y alguien un deber correlativo, aunque éstos sean todos los otros.

Sin embargo DONATI al colocar el problema tan auténticamente sobre la experiencia jurídica, tomaba una carga de la que ZITELMANN se había eximido porque, en rigor, la había escamoteado. En efecto, si esa zona de lo permitido también estaba positivamente normada, habría de aclararse positivamente cuál era su imputación y, luego, de dónde salía la norma y cuál era su fuerza positiva. Dicho de otra manera, había que quitar el carácter de postulado que se sobreentiende por sí mismo, a la enunciación de que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, dándole, en una u otra forma, el carácter de un pensamiento demostrado y demostrable.

DONATI abordó esta dificultad -y en ello se ve su empirismo-sosteniendo que no se trataba de un postulado sino de una simple norma positiva del ordenamiento jurídico y que a ella se llegaba, mediante una inferencia inductiva, partiendo del conjunto de normas enunciadas en el ordenamiento positivo.⁹ El

9 DONATO DONATI, *Il problema delle lacune dell' ordinamento giurídico*, pág. 35: "De hecho el complejo de las dispo-

examen de todas las normas enunciadas permite inferir, con igual fuerza positiva que aquéllas, esta otra norma implícita, pero no por eso menos positiva; pues cada norma enunciada acota un definido sector de conducta y se desentiende de lo que queda por fuera. Y así, del conjunto de las normas enunciadas, circunvalándolas a todas ellas y tomando la conducta que aquéllas han dejado de lado, surge el contenido de esta norma periférica que se ha venido tomando por un postulado pero que, en realidad, sólo es una norma más en el ordenamiento jurídico. La existencia de normas implícitas, por ejemplo las que se construyen con los elementos comunes de normas más particulares, es un hecho bien conocido por los juristas y, en tal sentido, la tesis de DONATI encajaba en los modos corrientes de concebir el fenómeno jurídico. De esta manera DONATI podía concluir que no había lagunas en el ordenamiento jurídico, porque el ordenamiento quedaba concebido como la suma de una pluralidad de normas yuxtapuestas; si, por ejemplo, el ordenamiento enunciaba 99 normas, el ordenamiento constaba en realidad de 100 normas,

siciones legislativas que previendo determinados casos establecen por sí la existencia de determinadas obligaciones, representa un complejo de declaraciones de voluntad no sólo *limitado* a los casos considerados, sino también *excluyente* para tales casos, y por lo tanto contiene implícita la declaración de voluntad de que no haya ninguna limitación respecto de todos los otros casos". Ver también la inferencia de la pág. 42 transcrita en nuestra nota 7, referente al *deber de abstención* que tienen los demás como consecuencia de la norma de clausura.

porque inductivamente llegábamos a esa otra norma implícita, colocada más allá de las normas enunciadas en situación trascendente respecto de ellas puesto que regulaba la conducta que trascendía del ámbito por ellas acotado. Y así, sumando la pluralidad de las normas, el ordenamiento quedaba sin lagunas porque las normas en conjunto contemplaban todos los casos: si el caso no caía dentro de una norma enunciada o dentro de su extensión analógica autorizada, caería bajo la norma periférica e inferida que, como un sumando más, integraba la suma de normas en que se hacía consistir el ordenamiento positivo.

La concepción de DONATI es el remate consecuente de un empirismo jurídico riguroso. Por un lado, la atención a los principios fundamentales que había omitido el realismo ingenuo, así como también el contacto integral con la experiencia jurídica; y por otro, el tratamiento del problema bajo el presupuesto de que el Derecho positivo en general tanto como cada norma positiva en particular, no tienen más ingredientes constitutivos que aquellos que suministra la experiencia jurídica con su fuerza de facto, de tal manera que en las normas positivas nada ha de encontrarse excepto la experiencia misma.

Es en este segundo aspecto donde la concepción de DONATI sobre el ordenamiento jurídico cae en irremediable quiebra. La epistemología tiene ya demostrado que la experiencia, para la ciencia, no se constituye meramente con los datos de la experiencia, sino que éstos aparecen necesariamente dentro de estructuras racionales que no provienen de la experiencia y que son apriorísticas a su respecto. Sin tales estructuras la experiencia no es conocida como

experiencia ni el objeto a conocer tiene la unidad necesaria para que pueda ser conocido como tal objeto. Con modalidades muy típicas, lo mismo ocurre con la experiencia jurídica en tanto es objeto de la Ciencia positiva del Derecho.

Ciñéndonos a nuestro tema objetaremos a DONATI lo siguiente: las normas positivas son contingentes; son de hecho como son, es decir como están en los códigos y leyes, pero todas pudieron haber tenido otro contenido y cualesquiera de ellas pudieron no haber existido en un ordenamiento jurídico dado. Ellas, sobre su existencia, sólo permiten al jurista un juicio asertórico, una verdad de hecho.

Sin embargo, el postulado de que todo lo no prohibido está jurídicamente permitido, es una norma necesaria; su contenido es así y no puede ser de otra manera, hasta el punto de que sin semejante norma el ordenamiento jurídico resulta algo impensable; estamos acá, pues, frente a un juicio apodíctico, frente a una verdad jurídica de razón con evidencia igual que la de las verdades matemáticas. Pero entonces no se comprende cómo DONATI pretende inferir de las normas positivas, que son contingentes, una norma necesaria como es la que le sirve para afirmar la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. La Lógica enseña, con autoridad inapelable, que no se puede inferir de lo asertórico, aquello que es apodíctico; y ya LEIBNIZ señaló la distinción absoluta entre verdades de hecho y verdades de razón. Si, como quiere DONATI, el postulado de que todo lo no prohibido está jurídicamente permitido, fuera una simple norma, inferida de las normas positivas, participaría

de los atributos de éstas tanto en lo que concierne a la contingencia como en lo que concierne a la positividad: podría ser de otra manera y aún no ser; y podría tener altibajos en su vigencia e incluso perderla del todo. Pero esto no es así. Y con ello se comprende que en la concepción de DONATI hay un error fundamental de Lógica.

Se subraya esto con otra consecuencia incomprensible: sea cual fuere la cantidad de normas positivas, cien, mil o diez mil, y sean cuales fueren sus variables contenidos, el contenido conceptual del postulado siempre es el mismo: todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. Más aún: también en la hipótesis de que el ordenamiento jurídico constara de una sola norma positiva, ya cabría afirmar, en los mismos términos, aquel postulado. Y a la verdad que no se entiende cómo pueda inferirse el mismo concepto, de antecedentes tan disímiles, si realmente se tratara de una inferencia; así como tampoco se comprende el carácter de saldo o residuo con que invariablemente aparece el postulado en esas variadas circunstancias, si él fuera una norma positiva como las otras, yuxtapuesta a éstas y trascendente a ellas en su posición circunvaladora, como queda concebido por el empirismo científico cuando sobreentiende que cada norma es un dato completo e independiente en la experiencia jurídica, donde las normas meramente se acoplan o yuxtaponen porque cada una, en su independencia, es algo externo y trascendente de las demás.

3º) *El Eclecticismo*. - Entre la posición ingenua del sentido común y la posición analítica del empi-

rismo científico, el eclecticismo jurídico ha ofrecido su mediación, fiel a su secular consigna de quedar bien con Dios y con el diablo mediante una transacción conciliatoria. No se trata de una síntesis, pues esto implica el enfoque original del problema desde un nuevo y más alto punto de vista. Se trata de un compromiso sin originalidad que intenta dejar subsistentes ambos opuestos puntos de vista; pecado filosófico éste que irremediablemente vulnera las soluciones eclécticas.

La tesis del eclecticismo reza así; no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley.

Para apuntalar esta tesis se sostiene que derecho y ley no son sinónimos, pues el Derecho es más que la ley. El Derecho tiene principios generales que no son de orden legal como es, por ejemplo, el postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, postulado que tanto interesa a nuestro problema. Los partidarios de esta tesis llegan, incluso, a aprovechar todo el progreso de las ideas jurídicas que han aportado los juristas dogmáticos y los jusfilósofos neo-kantianos en lo que concierne a las posibilidades de la sistemática y a las condiciones apriorísticas de la experiencia jurídica. Así conocen y admiten la existencia de las estructuras lógicas del Derecho, de modo que sin suponer en éste ese carácter de organismo viviente que le atribuía SAVIGNY, encuentran en él la aptitud de integrarse constantemente por sí solo. No se trata de una integración genética y de hecho, como en última instancia resultaba en SAVIGNY, sino de una integración sistemática por los fundamentos de la propia integración.

La posición ecléctica predomina en forma aplastante entre los juristas contemporáneos; circula casi como un artículo de fe, aunque sin plantearse mayores análisis sobre los términos del problema. Autoridades en teoría general del Derecho, como EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, le han prestado recientemente su adhesión.¹⁰ Especialistas que están en plena producción la consideran como verdad establecida.¹¹ Corresponde, pues, analizar detenidamente esta posición en sus fundamentos y presupuestos.

Si se afirma, como punto de partida, que el Derecho es más que la ley, ¿en qué relación están Derecho y ley? ¿En qué consiste aquel *más* con que el Derecho aventaja o excede a la ley? No es clara la elucidación de este punto en los partidarios de esta tesis; y mucho menos puede decirse que se ha sostenido una concepción constante.

10 EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, t. II, p. 201: "Hecho el resumen que precede podemos ya preguntarnos si existen realmente lagunas en el derecho. Pensamos que la respuesta debe ser: el derecho carece de lagunas; la ley las tiene necesariamente".

11 Siguiendo la opinión corriente entre los autores argentinos, a ella se ha adherido HUGO ALSINA, en su reciente *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo 1, pág. 75: "Pero si no puede negarse la existencia de un orden jurídico que excluya la posibilidad de lagunas en el derecho, tampoco puede negarse la existencia de lagunas en la ley positiva, lo que no es lo mismo, y por eso cuando se habla de integración se entiende referirse a la ley no al derecho".

La adhesión dubitativa que prestan a esta posición EDUARDO B. BUSO y otros, ya ha sido señalada en la nota 2.

Al influjo inmenso de las opiniones de FRANÇOIS GÈNY¹² -y sin contar las conocidas extralimitaciones sociológicas y metafísicas de este autor-¹³ el asunto se perfiló al comienzo como un problema genético de integración del Derecho por una pluralidad de fuentes de producción para que las fuentes vivas y flexibles contrarrestaran la rigidez e inmovilidad de las fuentes legales. Así, para limitarnos a lo más importante, aquello con que el Derecho excede a la ley es la costumbre, que también es Derecho y que es declarada fuente de producción a pesar de la ley.¹⁴

12 FRANÇOIS GÈNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, N° 116 y sigs.

13 Para la crítica de estas extralimitaciones, ver CARLOS COSSIO, *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, cap. I, pág. 21 de la separata; y con más extensión CARLOS COSSIO, *Ciencia e Interpretación*, cap. IV (en prensa).

14 HANS REICHEL, *La Ley y la Sentencia*, pág. 46: "Y el Juez está sometido no sólo a la ley, pues sirve al Derecho, y ley y Derecho no son idénticos". "Junto a la ley, que no puede carecer de lagunas, se halla el Derecho consuetudinario y el arbitrio pretoriano del Juez" (pág. 48). "Si el Juez se halla o no sujeto a la ley y hasta qué punto lo esté, no puede determinarlo la misma ley; pues precisamente a una de las leyes debatidas pertenece el artículo de la ley a que se recurre" (pág. 59). "El Derecho consuetudinario que rellena las lagunas, desempeña un papel no poco importante" (pág. 95). Cuando el legislador estatuye que "el Derecho consuetudinario, o en general no tiene validez alguna, o solamente en tanto la ley remite a dicho Derecho, o sólo en tanto la ley no resuelva el problema..., el legislador ha traspasado los límites de su poder y competencia, pues ni puede prohibir que se forme un Dere-

Pero a poco que la influencia del neo-kantiano jurídico se hizo sentir en la teoría y frente a los grandes desarrollos de la sistemática que había logrado la Dogmática, el problema se ubicó mejor y buscó fundamentos teóricos que dieran razón de la integración de la ley. La existencia de la costumbre a la par de la ley era un hecho; pero era pobre cosa hacer consistir en ese hecho el plus que tenía el Derecho sobre la ley sin ver cómo se salvaguardaba la unidad del objeto del conocimiento (el Derecho), sin aclarar cómo y porqué se establecía la armonía de sus partes, y sin explicar de alguna manera cómo se legitimaba la propia afirmación doctrinaria sobre el valor jurídico de la costumbre cuando la ley la descalificaba. A este efecto no bastaba dogma-

cho consuetudinario, ni impedir que el Derecho de esta especie más moderno derogue a la ley más antigua. Que es fuente del Derecho y qué rango le corresponde, no puede ser decidido por una sola de las fuentes jurídicas. Pero menos aún puede dictar disposiciones acerca de si una fuente jurídica, y en su caso cuándo, debiendo reconocerse como tal y como de igual derecho que la demás, se halla en condiciones para crear el Derecho. Así, pues, si, sin embargo, se atreve el legislador a emprender esta tarea, intenta lo imposible, y su prohibición es simplemente nula" (pág. 127).

REICHEL legitima la preferencia de la norma legal sobre la consuetudinaria o viceversa, sobre la base "de cuál de las dos normas en la vida de la comunidad desarrolla una fuerza mayor de convencimiento" (pág. 129); lo que por cierto no basta para perfilar una concepción sistemática de lo que sea el Derecho, que nos permita comprender científicamente este asunto.

tizar simplemente que la costumbre también era derecho y que la ley no podía invalidarla, porque era eso lo que estaba en cuestión y era para eso para lo que se requería un fundamento. En otras palabras, decir que el Derecho es más que la ley porque el Derecho es conjuntamente la ley y la costumbre, resulta una cosa tan débil como concepción, cuanto empírica para el convencimiento, que el plus del Derecho sobre la ley se buscó en principios de otro tipo. Algunos se volvieron al derecho natural, en la vana tarea de traer principios axiológicos que fueran a un tiempo verdades de razón y de hecho.¹⁵ Otros, los que hacían ciencia del derecho, comprendieron que esos principios consistían en las estructuras lógicas de la experiencia jurídica, en las cuales ésta encontraba las condiciones de su propia posibilidad ontológica. Así el Derecho dejaba de ser la suma de leyes y normas, para ser un objeto que, como tal, explicaría las leyes y normas en función de aquella su ontología.

Pero acá, precisamente, se plantea la crisis del eclecticismo. Si el Derecho es más que la ley, ¿en qué relación están Derecho y ley? El eclecticismo, que al llegar a este punto ha inclinado levemente la balan-

15 FRANÇOIS GÈNY, entre ellos, con su obra *Science et Technique en Droit privé positif* (ver especialmente los Núms. 162 y 176), que él considera su obra capital y en cuyo prólogo expresamente declara que está destinada a cubrir el claro que, sobre este punto, dejó *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé*. Es sintomático cómo los juristas empiristas que tanto invocan este último libro del maestro francés, se olvidan sistemáticamente de aquél que aspira a complementarlo.

za a favor de la tesis del empirismo científico a costa de la del realismo ingenuo, no tiene aclarada la cuestión. Y urge precisarla:

Si la relación entre Derecho y ley es la del género a la especie, entonces ha de convenirse que, no habiendo lagunas en el Derecho, tampoco puede haberlas en la ley, pues, según la Lógica sabe desde antiguo, todo lo que se predica del género está necesariamente predicado en la especie: si el hombre es mortal, el inglés en ningún caso podría dejar de morir.

A su vez, si la relación entre Derecho y ley es la del todo a la parte, es decir, media entre uno y otra una relación de fundamentación,¹⁶ entonces ha de

16 HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, Tercera Investigación, N° 21: “Se puede definir el concepto riguroso de *todo* mediante el concepto de fundamentación, de la siguiente manera: Por *todo* entendemos un conjunto de contenidos, que están envueltos en una *fundamentación unitaria* y sin auxilio de otros contenidos. Los contenidos de semejante conjunto se llaman partes. Los términos de “fundamentación unitaria” significan que *todo contenido está, por fundamentación, en conexión directa o indirecta con todo otro contenido*”.

Y en el N° 7 de la misma Investigación dice: “Objetos no-independientes son objetos de especies puras tales que con referencia a ellas existe la ley de esencia que dice que esos objetos, si existen, sólo pueden existir como partes de todos más amplios de cierta especie correspondiente”. Así, un color no puede existir sin extensión, ni una extensión sin color, no obstante que sean cosas diversas y que entre ellas no medie la relación de género a especie.

advertirse que la ley en cuanto objeto egológico, es decir en cuanto ley vivida y, por lo tanto, de verdad en cuanto ley y no en cuanto enunciación verbal de una ley, es un objeto *no independiente* respecto del Derecho. Con lo cual se quiere expresar que la ley no es separable del Derecho como si fueran dos cosas diversas. La ley reclama por esencia ese reenvío de fundamento que expresamos con la proposición evidente de que la ley es ya de por sí Derecho, de modo que tampoco cabe hablar en sentido propio o lógico de lagunas de la ley, no admitiéndolas en el Derecho, porque toda dialéctica que opere sobre la ley aislada es una abstracción irreal: simple juego empirista sobre el hecho de las leyes que ve las partes pero no el todo como si la ley no fuera siempre Derecho y que por eso ha perdido el contacto con el único objeto de conocimiento positivo que tiene el científico, a saber el Derecho positivo. El Derecho como un todo no es la mera suma o yuxtaposición de normas; y únicamente si la ley fuera mero miembro de una suma puede cursar en buena lógica la noción de lagunas en la ley sin lagunas en el Derecho. El Derecho como un todo, además de la suma de normas, es la estructura que

GEORGES GURVITCH, *Las tendencias actuales de la Filosofía alemana*, pág. 32: "Las esencias puras no son ni tipos genéricos de una especie estable... ni puras relaciones funcionales... Las esencias no pueden ser concebidas ni como sustancias ni como leyes, sino como totalidades concretas de partes irreemplazables que se basan naturalmente una en otra, y la relación de un objeto con su esencia no tiene el carácter de subordinación al género, sino de participación directa en la cualidad".

las totaliza en una unidad y que como cualquier *todo empírico*¹⁷ no tiene una realidad separable de cualesquiera de aquéllas. Ilustrará sobre el carácter estructural inseparable que aquí destacamos, el siguiente ejemplo tomado de HUSSERL: si consideramos una determinada figura geométrica, es claro que dentro de ella podemos considerar múltiples partes espaciales más reducidas; pero “la forma de la extensión total no está contenida como parte en ninguna de sus partes”¹⁸ no obstante que a todas las estructure y sea por lo tanto, la estructura de todas ellas. Ya veremos más adelante con qué modalidad se presenta la estructura jurídica que, por cierto, no es del todo igual a la de este ejemplo meramente ilustrativo. Otro ejemplo; tampoco respecto de un animal vivo se pueden considerar por aparte sus pulmones prescindiendo del organismo total, porque el pulmón muerto es una realidad de naturaleza diferente al pulmón vivo.

La verdad es que la tesis ecléctica, cuya blandura como concepción es inherente a todo eclecticismo, no ha desarrollado la naturaleza lógica de la relación entre Derecho y ley que afirma, cuando sostiene que aquél es algo más que ésta. No la ha desarrollado ni como relación del género a la especie, ni como relación del todo a la parte, ni en ninguna otra forma de

17 Sobre la noción de un todo empírico, de independencia y no-independencia empíricas y de fundamentación empírica, ver HUSSERL: *Investigaciones lógicas*. Tercera Investigación, parágrafo 25. Estas son nociones modificadas de aquellas nociones puras.

18 HUSSERL, *Investigaciones lógicas*. Tercera Investigación, parágrafo 19, in-fine.

relación lógico-sistemática. Pues es claro que aquellas dos relaciones son problemas de lógica; y no es menos claro que si la tesis ecléctica aspira a ser la solución que en teoría corresponde a nuestro asunto, ha de fundarse en algo lógicamente admisible.

Sin embargo, la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la ley está allí, admitida por innumerables juristas. Sólo que ahora, con todo lo que llevamos expuesto, se confirma plenamente algo que revela, desde el comienzo, el más ligero vistazo a aquello que estos juristas llaman lagunas de la ley. Cuando ellos hablan de lagunas del Derecho, en una u otra forma se refieren al problema lógico que hasta aquí hemos considerado, es decir que todo caso judicial puede ser comprendido o subsumido en los géneros normativos de su sistema legal, puesto que no hay decisiones lógicamente imposibles por falta de las normas que las convaliden. Pero cuando hablan de lagunas de la ley se refieren a las soluciones injustas o inconvenientes que resultan de aplicar la ley, entendiendo que esta injusticia o inconveniencia, si bien se derivan de la ley, no son queridas por ella (o por el legislador) a tenor de la justicia o conveniencia logradas por la misma norma en otros ámbitos. Por ejemplo, se dice que en el Código Napoleón hay una laguna para las relaciones jurídicas derivadas de la electricidad en cuanto bien de comercio, no porque no resulte una solución de la aplicación de las normas sobre dominio que trae ese código, sino porque la solución resultante es injusta o inconveniente. Verifica plenamente esta afirmación la circunstancia de que si una ley posterior confirma expresamente una solución disvaliosa resultante, tenida por laguna, ya

no se dice más que hay una laguna de la legislación sino que la legislación es injusta o inconveniente: el cambio de calificación está determinado por la imprevisión o previsión del caso, pero no por la materia calificada, que es la misma en ambas situaciones y que, por lo demás, es un juicio de valor, como se reconoce expresamente en la segunda calificación.

Es de notar que acá la injusticia o, usando un término más general, la inconveniencia, simplemente denotan un juicio de valor efectivo o vigente. Media en esto una valoración jurídico-positiva; no ninguna referencia metafísica a ideales verdaderos o valores absolutos. Así, la solución de nuestro ejemplo es inconveniente porque trastrueca las valoraciones jurídicas del Derecho vigente en algunos de sus valores positivos; por ejemplo, porque de ella resulta desorden en vez de orden, inseguridad en vez de seguridad, lucha en vez de paz, injusticia en vez de justicia, y así para los restantes valores jurídicos (poder, cooperación, solidaridad).

A los fines de este trabajo no interesa la distinción que trae consigo el eclecticismo sobre el disvalor jurídico (injusticia y, más ampliamente, inconveniencia), según sea el disvalor voluntario o involuntario. Menos interesa todavía que al disvalor involuntario se lo verifique exegéticamente, de modo por completo problemático, sobre lo que hubiera sido la intención del legislador (pues la ausencia de intención no quiere decir que, en caso de previsión, esa intención no pudiera haber sido conforme al disvalor resultante), o que se lo verifique dogmáticamente atendiendo al valor afirmativo que la misma norma logra referi-

da a otros casos. Aquí sólo nos interesa el hecho de que el eclecticismo, cuando habla de lagunas de la ley, se refiere a una cuestión estimativa, aunque sea involuntario el disvalor que esté en juego.

Pues tratándose entonces de un juicio de valor, se comprende por qué sucumbe sin réplica la tesis ecléctica en tanto solución teórica de nuestro problema. En efecto, no puede ya mantenerse la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la ley como referidas a la misma cosa (las lagunas en general), porque es una distinción que carece de *principium divisionis* desde que con lo primero nos referimos a una operación de lógica formal (la subsunción de un caso en una norma general) y con lo segundo a un juicio estimativo. Es archisabido que sin un *principium divisionis* no podemos oponer, contraponer, coordinar ni jerarquizar los miembros de una distinción en el análisis de un objeto porque, precisamente, falta la referencia de cada miembro a la misma cuestión. En otras palabras cada miembro de la distinción ecléctica habla de una cosa diferente; y hablando de dos cosas diferentes es claro que no se da una solución para el problema que nos preocupa y sí sólo se lo elude, porque el problema consistía en dilucidar unívocamente qué es eso de las lagunas del ordenamiento positivo; de tal manera que una solución como la ecléctica sería realmente una solución en teoría si justificara que sus distingos y soluciones corresponden al mismo problema según diferentes estratos o ángulos de visión impuestos por la necesidad de liquidar todas las dificultades que emergen de la misma cuestión.

Por ejemplo, si yo digo que esta casa tiene tres pisos y que su techo es de pizarra, digo algo descriptivamente exacto; pero los dos miembros de mi afirmación no pueden ser entendidos como una distinción sistemática que me permite resolver una dificultad intelectual, porque entre ellos no hay un *principium divisionis*. De la misma manera, la tesis ecléctica de que no hay lagunas en el Derecho pero de que sí las hay en la ley, sólo nos viene a decir que no hay lagunas en el ordenamiento positivo pero que algunas leyes son o resultan injustas o inconvenientes, aunque se agregue que la referencia disvaliosa califica únicamente el disvalor involuntario.

Esto es exacto descriptivamente y nadie lo niega. Pero no se trataba de describir un aspecto o contorno del ordenamiento jurídico, sino de concebirlo conceptualmente y de explicarlo en tanto dificultad teórica. Convengamos que al afirmar la existencia de normas generales injustas no se hace precisamente un hallazgo; y que con esta afirmación no se puede pretender haber dado una respuesta diferente de las otras, ni tampoco adecuada, al problema de las lagunas, porque la mera descripción no es respuesta de ninguna especie para este problema.

En cambio es censurable el equívoco que se introduce en el lenguaje técnico arrojando con la locución "lagunas de la ley" o "lagunas de la legislación", el problema estimativo de las normas involuntariamente disvaliosas, cuando abundan otras expresiones correctas (por ej., decir caso de indeterminación involuntaria, y aun caso no previsto, pues es claro que un caso no previsto por el legislador no constituye una laguna del ordenamiento jurídico -o de la

ley-, sino bajo la hipótesis errada de que el ordenamiento o de que la ley sean la intención subjetiva del legislador y no contenidos objetivos de pensamiento, que es lo correcto como se ha visto). Pero es todavía científicamente mucho más censurable la confusión conceptual que se introduce con aquella desdichada locución, cuando se la conecta con el concepto de lagunas del Derecho, como si ambas participaran del mismo problema científico de las lagunas en general y contribuyeran conjuntamente a esclarecerlo y solucionarlo, dando a la teoría jurídica una firme solución sobre el punto.

Si los juristas van a hacer ciencia, han de hablar un lenguaje técnico unívoco y, sobre todo, han de tener perfecta conciencia de los problemas a que se refieren, sin aludir a cosas diferentes por una confusión conceptual, creyendo que tratan de una misma cosa. El tratamiento de cosas diferentes ha de ser orientado y elaborado por las diferencias; y de ninguna manera un equívoco conceptual puede borrar esas diferencias poniendo en la misma órbita lo que es heterogéneo porque así se desubica a un miembro y se falsifica al otro con el acoplamiento. Esta es, en la teoría de las lagunas, la situación de la tesis ecléctica que hemos estudiado. Y ella sólo revela el análisis deficiente del problema de la estructura totalitaria del Derecho que han hecho sus adeptos; análisis deficiente por lo empírico sobre el hecho de la ley, que se ha detenido en un momento de valor descriptivo y que ha dogmatizado luego sin comprensión teórica.

Agregaremos acá que también como descripción la posición ecléctica es deficiente porque tam-

poco ve la esencia de lo que describe. En efecto, el eclecticismo parece atraído por el hecho de que haya leyes injustas o por el hecho de que éstas resulten injustas por falta de previsión del Legislador. Sin embargo, una y otra cosa son contingentes; y, en tal sentido, pueden corregirse por el Legislador tratándose de injusticias involuntarias. Pues si se trata de injusticias voluntarias, no incumbe al Juez tomar cartas en el asunto. Pero el verdadero gran problema que se cobija en esto y que no fue sospechado jamás por el eclecticismo, puede formularse así: ¿por qué toda ley, siempre y necesariamente, resulta injusta en ciertos casos? Lo que significa que no se trata de la contingencia de que haya leyes injustas ni de la contingencia de que al Legislador le falte previsión, sino de algo que es necesario al Derecho y, por así decirlo, inmanente a la ley. O dicho de otra manera, el grave problema afecta, no al contenido este o aquel de la ley, como se cree ordinariamente, sino a su generalidad o universalidad conceptual.

Por otra parte, si esta universalidad conceptual es propia de la conceptualización científica, nada de extraño tiene que las doctrinas jurídicas racionalistas, partiendo del error de creer que los datos de la experiencia jurídica sean aquellos conceptos normativos, se encontraran en la imposibilidad de concebir de otra manera que como lagunas de la ley, aquel hecho de que toda ley necesariamente resulta injusta o inconveniente en ciertas circunstancias: tomando por dato de la experiencia jurídica, a la ley, no bien la ley no correspondiera estimativamente a la experiencia estimativa (que es el verdadero dato), entonces es

claro que se habría de pensar en la ausencia de datos de experiencia; esto es, en lagunas o vacíos.

Con esto se ilumina el carácter de pseudo-problema que en realidad tiene la noción de lagunas de la legislación, pues su planteamiento deriva del error metodológico intelectualista en la concepción de la Ciencia del Derecho; su planteamiento ya está implícito al creer que la ley es el dato de la experiencia jurídica, sea que se la tome como intención del Legislador (empirismo), sea como concepto universal (racionalismo). A esa noción, en efecto, jamás se puede llegar partiendo de la experiencia jurídica, tan pronto como se advierte que el Derecho es el Derecho vivido y no otra cosa. Así, la teoría egológica del Derecho que nosotros exponemos en nuestro libro *Ciencia e Interpretación*, suministrad aparato conceptual para concebir y explicar aquel extraordinario hecho; es decir, entre otras cosas, para fundamentar lo que desde siempre han hecho y hacen los jueces, con mayor o menor latitud y con mayor o menor conciencia del asunto: estratificar el Derecho dentro de la ley, con barreras empíricas y *a-posteriori* para excluir las injusticias y los inconvenientes. Tal es el fenómeno jurídico que, como dato, nos da la experiencia de cualquier ley.

En resumen, diremos del eclecticismo que, prometiéndose como una solución al problema de las lagunas del Derecho, como solución no es tal porque elude el problema, que es el de la noción de ordenamiento jurídico en tanto estructura del Derecho; y que yendo a parar en otra cosa, cual es la descripción estimativa de la relación entre ley y sentencia, no ve,

en su intelectualismo (empirista o racionalista), nada más que la cuestión de hecho, pero no la cuestión de esencia que, por cierto, es la fundamental para toda ulterior teorización.

4º) *El Pragmatismo*. - Otra solución de compromiso, aunque ésta inclina el fiel de la balanza a favor de la tesis del realismo ingenuo, es la pragmática, que reza de este modo. Hay lagunas en el Derecho, pero debe procederse como si no las hubiera.¹⁹

Esta tesis llama en su sostén, luego de las consideraciones teóricas que hace el realismo ingenuo, otras consideraciones tomadas de la actividad práctica; por ejemplo, el trastorno social sobreviniente si, frente a las novedades de la vida social, no se procediera como si las nuevas situaciones hubieran estado previstas. Y así se invoca siempre cierta conveniencia o utilidad para justificar esta filosofía del *como si*.

Aunque la posición pragmática pulula en las mentes de todos los tribunales y foros del mundo,

19 H. VAHINGER, en *The Philosophy of "As if"*, expone la más importante y extensa concepción del ficcionalismo, con nutridos y directos elementos de aplicación al estudio del Derecho. La circunstancia de que en las obras de los juristas, este libro tan importante como apología de las ficciones, no haya suscitado una reacción ni un eco en pro del realismo de la jurisprudencia, debe de ponerse en conexión con el racionalismo del derecho judicial, todavía dominante en la Ciencia del Derecho, que ve en la ley el dato de la experiencia jurídica y que no ha sabido ver en el ficcionalismo o mitologismo un vicio metodológico típico del pensamiento jurídico. (Conf. CARLOS COSSIO, *Ciencia e Interpretación*, cap. I.)

no es frecuente verla defendida por autores responsables.²⁰ Nosotros no vamos a considerarla extensamente ahora porque es visible su chatura científica. Para la ciencia no se trata de las conveniencias prácticas; se trata de saber si el problema existe y en qué términos existe, y de establecer como solución la forma correcta de concebirlo.

5º) *El apriorismo filosófico*. - El apriorismo filosófico, que nosotros hemos propuesto como solución,²¹

20 NICOLÁS COVIELLO, *Doctrina general del Derecho Civil*, pág. 91: "Ninguna legislación, por comprensiva que sea, puede prever todos los casos posibles de la vida, especialmente los futuros. Y en este sentido puede decirse que en todo sistema legislativo hay lagunas. Más por otra parte, siendo toda legislación un conjunto de normas que tienen entre sí una conexión íntima, aunque no siempre aparente, dada la unidad *del fin que es el ordenamiento de las utilidades humanas*, y la unidad de la idea fundamental *que es la de la justicia*, dicha legislación puede considerarse como un organismo que tiene fuerza propia, si bien latente, de expansión y de adaptación. La que, bien utilizada, *puede servir* para regular todas las relaciones sociales, aún las no previstas por el legislador. En este sentido *podemos decir que no hay lagunas en la ley y con este fundamento se justifica el principio de las legislaciones modernas*, en virtud del cual ningún magistrado puede rehusarse nunca a resolver un caso práctico, a pretexto del silencio de la ley". (Hemos subrayado por nuestra cuenta para destacar la teleología pragmática de este autor.)

21 CARLOS COSSIO, *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, especialmente el Prefacio y el capítulo II. Ver también en la bibliografía allí utilizada, una ampliación de las referencias bibliográficas del presente trabajo.

sostiene la misma tesis que el empirismo científico, esto es que no hay lagunas en el ordenamiento jurídico. Pero se hace cargo de que el empirismo científico no ha logrado fundamentar la tesis, debido a la gravitación de la filosofía antifilosófica que lo inspira. Y se hace cargo también de que si la tesis científica no consigue llegar, por sus fundamentos, al plano de la evidencia demostrativa, el problema naufraga con todos sus planteamientos teóricos y habría que renunciar a una ciencia empírica del Derecho reconociendo que el pragmatismo ha dicho la única palabra adecuada: simple cuestión práctica que se conceptualiza mediante una ficción y que, por este conducto, ha provocado un atormentador espejismo entre los juristas, sedientos de ciencia en el vacío radical de sus aspiraciones puramente dialécticas.

Entre el empirismo científico y el apriorismo filosófico sólo hay, pues, aunque grandísima, una diferencia de fundamentación en la solución del problema; es decir una diferencia en la concepción del asunto que supera las dificultades encontradas por aquél y que se muestra fecunda en los desarrollos del pensamiento dogmático de las disciplinas jurídicas particulares.

En nuestro citado libro *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley* hemos desarrollado la solución apriorística, limitándonos a su parte constructiva, casi sin referencias al emplazamiento filosófico del problema en su desarrollo dentro de las ideas jurídicas, al revés de lo que se ha hecho en las páginas que preceden. Nos limitaremos pues, a resumir nuestra tesis, señalando de paso que ella se

mueve dentro de la Teoría pura del Derecho,²² aunque integrándola desde diversos ángulos, haciendo desarrollos especiales que no se habían hecho y sacando a luz aspectos propios del problema, inéditos y decisivos para poder agotarlo en el plano de las evidencias demostrativas.

A diferencia del empirismo científico que concibe el ordenamiento jurídico como una adición o yuxtaposición de normas, de las que se ha de predicar que contemplan todos los casos, nosotros lo concebimos como una estructura totalitaria, de donde resulta que un régimen de Derecho positivo es una totalidad y, por consiguiente, que no hay casos fuera del todo porque de lo contrario el todo no sería tal todo. La primacía necesaria del todo sobre sus partes, o sea la aprioridad que de él se predica (en razón de ser estructura ideal o lógica) en tanto que las partes son lo estructurado, permite comprender que se pueda pensar una parte pura o aislada, sino siempre como parte de un todo, con lo cual es innecesario e indiferente suponer que las partes contemplan todos los casos para recién poder admitir que todos los casos están comprendidos o contemplados en el ordenamiento jurídico. Y esto con apodíctica necesidad.

22 Breve y fundamental es la negación kelseniana de lagunas en el Derecho contenida en *La Teoría pura del Derecho*, cap. VI y en el Prefacio de *Legal Technique in International Law*; pero más importante todavía, para agotar nuestro asunto en la forma que hemos reclamado, es el pensamiento general de todo el sistema de la referida Teoría pura, como se apreciará en el texto.

Nuestra tesis puede plantearse diciendo que no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces. Ella parte, en efecto, del hecho que los jueces dictan sentencia tanto en los casos no previstos como en los previstos y, en ambas circunstancias, la dictan de la misma manera: pues no porque el caso sea imprevisto, el Juez pospone indefinidamente su resolución ni le dice a los litigantes: "Señores vuelvan con el litigio a sus casas que yo no tengo medios para resolverlo". Y no se crea que decir que no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces, es una verdad de perogrullo o la simple verificación empírica de un hecho que no sale de sí mismo. Por el contrario, profundizándolo en tres direcciones nos entrega la solución de nuestro problema.²³

a) El juez *debe* juzgar siempre; esto es una evidencia eidética que se verifica, ciertamente, en los

23 En este punto la ceguera intelectualista del empirismo científico es completa cuando cree que la función judicial está eliminada de la consideración de nuestro problema. Véase cómo procede DONATI a su eliminación con una evidente petición de principio: La colmación de las lagunas del ordenamiento jurídico "no puede justificarla por sí el hecho de la existencia de un juez. De hecho es sabido que, aún históricamente, no precede la ley al juez, sino el juez a la ley: el juez instituido puede ser un *index*, pero podría también ser un *praetor*. Y si puede ser lo uno, o en cambio deba necesariamente ser lo otro, decidirá precisamente la circunstancia que no existan o que existan lagunas, es decir que exista para cada caso o que no exista de hecho o no exista de ninguna manera una norma aplicable" (*Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico*, pág. 34).

hechos, pero que no es una verdad de hecho como pudo haber parecido hace poco cuando apenas la aludimos. Se trata de una verdad de razón; el Juez debe juzgar siempre porque es Juez, es decir porque esa es su ontología, y no por ninguna otra causa (por ejemplo, porque tal obligación le hubiera sido impuesta por el legislador). Es una verdad de razón pero de la lógica del deber ser y no de la lógica del ser; por eso decimos “*debe juzgar siempre*”. Es un pensamiento contradictorio suponer que el Juez no debe juzgar y que sigue siendo Juez, porque ser Juez consiste en deber juzgar. Este es su ser.

Sólo de hecho puede el Juez no juzgar y esto, por ser un hecho, es lógica del ser; con ella se piensa esta emergencia si se produce, mas con calidad de hecho y no de derecho. En derecho el Juez debe juzgar siempre.

Mas he aquí que ambas cosas nos suministran los elementos para reconducirnos a la norma jurídica básica que ubica también a la persona del Juez dentro del ordenamiento positivo. Dado *el hecho* de la designación para el cargo de Juez, debe ser la sentencia (norma secundaria con la terminología de Kelsen); y dado *el hecho* de no sentenciar, debe ser la sanción contra la persona del Juez (norma primaria). Y de esto resulta una consecuencia fundamental que no ha sido sopesada por los juristas en el estudio de nuestro problema: el Juez es también un dato del ordenamiento jurídico y con tal carácter lo integra. Las concepciones tradicionales se han desenvuelto bajo el pensamiento de que el Juez es algo externo al ordenamiento jurídico; de que el Juez, situado afuera de él, encuentra un

Derecho acabado y concluso que simplemente aplica pero que halla en su exterior como quien halla una piedra o una herramienta que se va a utilizar. Este pensamiento latente que pone al Derecho ya concluso como alto estático fuera de la actividad judicial, es resultado del vicio intelectualista que contamina todavía el pensamiento jurídico dominante.

Pero en rigor el Juez está dentro y no fuera del Derecho; su actividad integra el ordenamiento jurídico, como lo hace ver la norma que recién hemos explicitado. Sólo que, siendo esa norma una verdad de razón en la lógica jurídica, el Juez está con necesidad imputativa y no como los elementos contingentes del ordenamiento. Y así es, en efecto, porque la función judicial es ella misma estructura de eso que se llama Derecho; o más exactamente, ella es un tramo de la estructura total del ordenamiento jurídico. Sobre esto ha arrojado luz definitiva la Teoría pura del Derecho demostrando que el sentido lógico de toda la dinámica jurídica es un proceso creador de creciente individualización normativa que concluye con el establecimiento de normas individuales.²⁴ Sólo en las normas individuales hay un paralelismo inmediato entre normas y hechos.²⁵ La conclusión del

24 Ver la bibliografía kelseniana citada en la nota 4. Nosotros hemos tratado extensamente el proceso de individualización normativa y el significado de las normas individuales, en nuestro trabajo *La sentencia criminal y la teoría jurídica*, caps. II y III. Ver también A. S. DE BUSTAMANTE y MONTORO, *Teoría general del Derecho*, cap. X.

25 CARLOS COSSIO, *La Normativité d'après l'analyse de la conduite juridique*: "Así, pues, el paralelismo entre lo normativo

proceso en la norma individual y, en consecuencia, la presencia de normas individuales en el ordenamiento, cosas ambas que se desprenden analíticamente de aquella premisa sentada por la teoría pura, son verdades apodícticas de la Lógica jurídica. Pero siendo la sentencia uno de los tipos de normas individuales, resulta que la sentencia y el sujeto jurídico que la dicta y, en tal sentido, la integra, son un tramo estructural del proceso de individualización jurídica. El contenido de la sentencia, que es contingente, sin duda *es un contenido* del proceso de individualización; pero la sentencia misma es el tramo final de la estructura del proceso y no parte de su contenido, como se ve sin dificultad.

Quien dice estructura dice, claro está, lógica jurídica que es lógica del deber ser. De aquí la apodíctica necesidad de esa neutra validez de juzgar en que se encuentra el Juez. De aquí también esta otra consecuencia importante no señalada por los teóricos de las lagunas del Derecho, no obstante que han tropezado y no han podido menos que entrelazarse con ella. Es la siguiente: la teoría de la interpretación de la ley no es ajena al problema de las llamadas lagunas; por el contrario tiene con él una íntima e inseparable solidaridad y cualquier solución para aquélla o éste, se apoya en buena medida en la concepción que del otro miembro se tenga. Pero esta conexión sólo se

jurídico y lo fáctico es inmediato entre una norma individual y los hechos, pero no entre una norma general (ley, por ejemplo) y los hechos, donde sólo hay un paralelismo mediato". Todo el párrafo 2º de dicho estudio está dedicado a analizar esta cuestión.

explica en la hipótesis de que no hay lagunas porque hay jueces, es decir, viendo al Juez como estructura integrante del ordenamiento jurídico, puesto que es el Juez quien interpreta, y, precisamente, al sentenciar. En cambio si el Derecho es un objeto concluso, externo al Juez, y si las lagunas se predicán de este objeto, la teoría de la interpretación resulta algo separable del problema de las lagunas, chocando esto con la evidencia de la apuntada conexión. La teoría de la interpretación de la ley resultaría, así, algo independiente a la que instrumentalmente se puede recurrir o no para colmarlas. Para nuestro punto de vista, en cambio, cuando se afirma que no hay lagunas, se dice ya, entre otras cosas, que no las hay porque hay interpretación; o más exactamente, que no hay lagunas porque lo que hay es interpretación. Con lo cual se destaca al máximo la conexión entre ambos miembros del asunto al haberlos identificado como problema, y en donde la diferencia de ambos conceptos al separarlos queda demostrada como un error de concepción.

b) Toca ver ahora que es estructura del Derecho, de la cual es un tramo la función jurisdiccional, es una estructura totalitaria. Totalidad en el sentido tradicional de la Lógica, de que la pluralidad queda considerada como una unidad, o sea totalidad como síntesis de los conceptos de unidad y pluralidad. Así se podrá afirmar que ningún caso judicial cae fuera del ordenamiento jurídico, por la sencilla razón de que no hay partes fuera del todo; si así no fuera, el todo ya no sería tal todo.

En este punto nuestras referencias pueden reducirse a un mínimo porque la solución ha sido dada

por la Teoría pura del Derecho, cuya concepción de la pirámide jurídica y de la norma fundamental que está en su vértice, es de todos conocida: las normas positivas del ordenamiento jurídico no tienen entre sí la misma jerarquía, a pesar de que por igual pertenecan al mismo ordenamiento: no están puestas unas al lado de las otras, en un mismo nivel, sino que están entre sí jerarquizadas en forma de pirámide, en un tránsito o proceso dinámico que comprende dos etapas. Desde las normas de la constitución positiva, en tanto normas generales de mayor rango, se desciende por sucesivos estratos de normas generales con rango cada vez más subordinado (leyes, reglamentaciones, jurisprudencia obligatoria, estatutos, contratos colectivos, etc.), hasta penetrar por fin en los estratos de las normas individuales (negocios jurídicos, sentencias y resoluciones administrativas) que constituyen la base de la pirámide jurídica y en donde el mundo normativo puede estar recién en paralelismo inmediato con el mundo de los hechos. Caracteriza el tránsito desde un estrato de normas a otro, este proceso peculiar y propio del Derecho: la aplicación de una norma superior requiere la creación de una norma subordinada, porque aquella sólo acota siempre un campo de posibilidades, de modo que, dentro de él, la elección de una posición es, al propio tiempo, aplicación de lo normativo-genérico y creación de lo normativo-específico. La coordinación de normas en un mismo estrato se establece por la estructura disyuntiva de la norma jurídica, que separa lo lícito y lo ilícito de acuerdo a este esquema: dado *A*, debe ser *B* (deber jurídico o norma secundaria) o dado *no-B*, debe ser *S* (sanción o norma pri-

maria); y donde la norma primaria de una norma *M* (dirigida a un súbdito, por ejemplo), tiene el mismo contenido de la norma secundaria de otra norma *N* dirigida al funcionario que ejecutará esa sanción. Sin este paralelismo o identidad parcial de dos diversas normas jurídicas completas, *M* y *N* (identidad entre la norma primaria de la una y la norma secundaria de la otra), no podrían coordinarse o ensamblarse las normas jurídicas de un mismo estrato de la pirámide jurídica, posibilidad que se fundamenta, pues, en la estructura lógica, adecuada a pluralidad y unidad, de proposición disyuntiva que tiene la norma jurídica.²⁶ Por otra parte la subordinación y supraordi-

26 Como es sabido, Kelsen sostuvo el carácter hipotético de la proposición jurídica, alegando el nominalismo de la norma secundaria en estos términos: "Y si el Derecho fuese idéntico con la norma secundaria; si el orden jurídico consistiese tan sólo en aquellas normas cuyo carácter secundario quedó probado al demostrar que no constituían sino representaciones auxiliares destinadas a lograr una más clara descomposición del hecho condicionante..." (Kelsen; *Teoría general del Estado*, pág. 67). Nosotros, en 1937, en el parágrafo 5 de nuestro estudio *La Normativité d'après l'analyse de la conduite juridique*, sostuvimos el valor ontológico-jurídico de la norma secundaria mostrando, junto a otros dos argumentos más, que el contenido de la norma primaria (sanción) de una norma *A*, se identificaba con el contenido de la norma secundaria de otra norma *B* (el deber del funcionario que aplica la sanción). Hoy en día Kelsen se hace cargo de nuestro argumento con las siguientes palabras: "La norma jurídica se refiere a la conducta de dos entidades: el ciudadano contra cuyo delito está dirigida la medida

nación de las normas de los diferentes estratos, se establece racionalmente en cuanto que cada norma interior es ejecución de una norma superior. Así, las normas de los estratos inferiores, más numerosas en cantidad que las de los estratos superiores, reciben la razón suficiente de su validez, de la validez que tiene la norma inmediatamente superior que ejecutan. De esta manera, si cada norma positiva vale porque es la ejecución de una norma más elevada, a la cual queda remitida, se comprende que es la validez constitucional la que campea por todo el ordenamiento jurídico, al propio tiempo que ha de saberse por qué vale la constitución positiva.

Aquí, en forma genial, la Teoría pura del Derecho ha superado el empirismo y el jusnaturalismo, con la concepción de la norma fundamental, que le permite asir o captar los datos positivos sin perder la neutralidad científica ni rendirse a la facticidad. La constitución positiva no vale porque traduzca un acto de poder social de sus actuales súbditos (pues el ser no puede fundar el deber ser, y el deber ser en que la constitución consiste no se reduce al ser de aquel hecho de voluntad social sin anularse como norma para otros hechos); ni vale porque realice una idea trascendente con intrínseco valor (pues esto es caduca metafísica jusnaturalista que desnaturaliza las valoraciones positivas con la axiología de su propia estimativa). La constitución positiva vale dogmá-

coercitiva de la sanción: y el órgano que está para aplicar la medida coercitivas por el delito". (*The pure Theory of Law and analytical Jurisprudence*, pág. 58.)

ticamente porque encima de ella hay una norma fundamental y originaria que reza: "Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación".²⁷ Esta norma fundamental no es una norma positiva; sólo es una necesaria hipótesis del conocimiento jurídico. Sin partir de esta hipótesis de conocimiento sobre el Legislador originario, el jurista no podría mantener ninguna de sus afirmaciones y tesis sobre el Derecho positivo. La norma fundamental es, pues, una condición de la posibilidad del conocimiento jurídico y, en tal sentido, es trascendental y apriorística, como diría KANT, respecto de las normas positivas: trascendental porque es forma gnoseológica del entendimiento que configura el conocimiento de las normas empíricas; y apriorística porque precede lógicamente a las normas positivas, estando dada, como fundamento, con anterioridad e independencia de las normas positivas, cualquiera sea la cantidad o el contenido de éstas.

Este carácter apriorístico de la norma fundamental, patente ya con lo que acabamos de decir e iluminado hasta la más superlativa evidencia por las investigaciones de la Escuela vienesa, es decisivo para nuestro asunto. Pues si bien es cierto que considerando desde arriba hacia abajo la relación dinámica entre dos normas positivas de la pirámide, saca-

27 Kelsen: *La Teoría pura del Derecho*, pág. 98. Metafóricamente se acostumbra simplificar el enunciado de dicha norma enunciándola con la frase "Obedece al Legislador originario".

mos a luz el fundamento deductivo de validez de las aplicaciones de un determinado régimen jurídico, no es menos cierto, considerando ahora, al revés, desde abajo hacia arriba, esa misma relación entre las normas positivas, que lo que entonces sale a luz es la unidad del régimen jurídico en tanto objeto de conocimiento.²⁸ La norma fundamental así considerada, en efecto, nos da el ordenamiento de una pluralidad, o sea la reducción de una pluralidad a unidad (totalidad), supuesto lógico del conocimiento científico. “Pues es cosa ya de sobra conocida en los dominios de la epistemología, que no hay conocimiento científico hasta tanto el objeto no sea uno; esta unidad inmanente al conocimiento, es la primera de las condiciones lógicas del conocimiento. Así, uno de los problemas que resuelve la norma fundamental es el de la posibilidad del conocimiento jurídico y, con ello, el del objeto de la Ciencia del Derecho”.²⁹ Y porque la norma fundamental es apriorística y totalitaria, pudimos decir en otra oportunidad, con el beneplácito del propio Kelsen, que en rigor ella sólo es la estructura lógica de la noción de ordenamiento jurídico.³⁰

28 En *El Concepto puro de Revolución*, parágrafo 63, nosotros hemos insistido especialmente sobre la posibilidad y consecuencias de considerar la pirámide jurídica en esta dirección contraria a la usual. Por lo demás Kelsen es expreso en múltiples pasajes.

29 CARLOS COSSIO: *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, pág. 81.

30 Ver nuestro *Prólogo* a la edición de *La Teoría pura del Derecho* que ha efectuado el Instituto Argentino de Filosofías Jurídica y Social así como la nota de Kelsen al mismo.

c) Pero si la noción de ordenamiento jurídico consiste en esta estructura totalitaria dada por la norma fundamental, previa a las normas positivas e independiente de la cantidad empírica de éstas, todavía queda por averiguar qué es lo que ella estructura. O dicho de otra manera: siendo aquella noción una estructura lógica, no se dice todavía de qué es estructura. Esta respuesta nos obliga a una investigación ontológica. En lo que sigue la abordaremos con algún detenimiento, porque desembocamos en el principio donde siempre se ha visto la solución de nuestro problema.

En un sentido más general, es de un interés superlativo la carta que Kelsen nos dirigió y que fue publicada en el diario porteño "La Nación" el 29 de Noviembre de 1941.

CAPÍTULO II

EL DERECHO COMO PROBLEMA DE INMANENCIA

Uno de los lastres más nefastos del intelectualismo jurídico, que todavía impera bajo la seducción de los esquemas simples y claros, es el que nos habla de una infraestructura y una superestructura jurídicas, entre las cuales se da acomodo a la estructura propiamente jurídica, a veces con holgura y otras con estrechez.

No interesa al presente estudio referirnos a la llamada infraestructura jurídica, lugar donde el sociologismo jurídico tiene sus cuarteles de invierno. Bastará recordar que la disociación entre estructura e infraestructura responde a la distinción entre esencia y realidad; y que para una concepción egológica del Derecho, como la nuestra, el Derecho positivo es conducta humana y no el cartabón geométrico de unas normas ajenas e indiferentes a la realidad, aunque destinadas a regularla. De esta manera rechazamos la disociación transistemática entre infraestructura y estructura jurídicas; distinción que comporta, entre otras cosas, suponer que el problema de la positividad del Derecho no es un problema propio de la Ciencia dogmática del Derecho positivo; error, éste, casi universal que denunciamos porque desatiende que la ciencia dogmática, siendo ciencia del Derecho positivo, es una ciencia de experiencia (aunque, cier-

tamente, de experiencia cultural). Para la teoría ego-lógica, siendo el Derecho conducta, la positividad jurídica está en su propio dato, en forma intrasistemática, junto con la validez, resultando superfluo todo dualismo que hiciera juego de prestidigitación para eliminar un problema por su escamoteo.

Si nos interesa, en cambio, referirnos a la llamada superestructura jurídica. Como es sabido, acá encuentran ubicación todas las concepciones jusnaturalistas en tanto imaginan al Derecho Natural como un orden jurídico trascendente superpuesto al Derecho positivo. No vamos a ocuparnos del jusnaturalismo por tratarse de una posición definitivamente eliminada de la esfera científica desde que el pensamiento contemporáneo ha puesto en claro que la pretensión ontológica de las escuelas jusnaturalistas es una simple afirmación axiológica y nada más;³¹ y atento a la circunstancia de que toda axiología trascendente a la vida humana, es una hipóstasis metafísica de carácter fantástico. A lo que se percibe desde la altitud ideológica alcanzada en el siglo XX, la única metafísica admisible ha de ser una metafísica de la existencia humana. Y por lo que se verifica en las obras de los científicos del Derecho positivo, donde el jusnaturalismo es un pensamiento ausente por su infecundidad, nuestra eliminación para considerarlo en este momento está sobradamente justificada.

31 Ver Kelsen, *La Idea del Derecho Natural*, (próxima edición de la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social), donde se argumenta en forma que no deja respuesta.

Interesa más a nuestro asunto otra manera de poner el problema estimativo trascendiendo al Derecho positivo. Nos referimos al pensamiento de la Escuela de Badén (WINDELBAND, RICKERT, LASK, RADBRUCH) en la forma particular que lo presenta MAYER cuando afirma la existencia de normas de cultura, externas y trascendentes al Derecho positivo, en las cuales, no obstante, en última instancia éste se apoya y fundamenta al tomar de ellas el deber ser de sus más altos contenidos dogmáticos.³² Con este pensa-

32 MAX ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, pág. 90: "De las normas de cultura ha dicho STAMMLER que 'no son otra cosa que preceptos legales de contenido concreto' por lo cual habría que referirse a la condicionalidad de su contenido; esto refleja exactamente nuestra opinión". "Las normas de cultura, como expresión de valoraciones, tienen la misma realidad y vitalidad que los demás objetos del reino del espíritu, y no agotan su existencialidad en la forma rígida de los artículos legales" pág. 91). "El Estado, en cuanto titular del poder de dominación, es la única sociedad que no crea cultura" (pág. 92).

Para nuestro asunto interesa recordar que MAYER distingue entre la validez del Derecho en sentido técnico-jurídico y su validez social. La primera se refiere a la fuerza obligatoria de la ley en cuanto "depende de algunos supuestos claramente establecidos, por ejemplo, de que la ley haya sido votada y publicada constitucionalmente" (pág. 128). La segunda "pregunta por la validez del Derecho válido o vigente. Entonces se llega a un segundo concepto de la validez, de carácter meta y extrajurídico" (pág. 128). "La validez social está fuera del orden jurídico, no dentro de él como la validez en sentido técnico" (págs. 129-130). "Por eso esta validez social no pertenece a las notas esenciales de la noción del Derecho, sino a las

miento se pretende salvar el racionalismo normativo de la ciencia jurídica tradicional, separándolo de la experiencia para rehuir el empirismo; y se procede así: en el mundo de las normas jurídicas, la razón se mueve sin cortapisas siguiendo su propia dialéctica, sin que ninguna realidad le ponga dique; la razón deduce de las leyes u otras normas generales como si éstas fueran la realidad y si la razón choca con la experiencia jurídica, la pasa por alto porque se trata de la ley concebida como un deber ser que existe y no se trata de la realidad empírica que debe de ser; así, por deducción, se pretende sacar de la ley todo lo que aparece en el caso singular como su propio deber ser, sin advertir que la individuación de lo individual no es ya este proceso de subsunción lógica porque lo individual es y está en la experiencia. De esta manera -se piensa- el Derecho objetivo se salva como realidad de normas porque la realidad empírica no toca ni desnaturaliza su deber ser. El jurista tiene, así, una esfera de movilidad racional para su pensamiento, obrando bajo el supuesto de que la Ciencia del Derecho saca sus verdades de la realidad intelectual de normas y no de la experiencia. Pero como se trata del Derecho positivo -y esto quiere decir que se ha de considerar la realidad empírica- cada vez que el jurista necesita tomar contacto con la experiencia jurídica (que es experiencia estimativa), se remite a las normas de cultura, las cuales sí son vivencias estimativas de la colectividad y las cuales,

realidades variables de la empirie jurídica. Esta empirie, en cuanto hecho cultural, no puede ser totalmente ajena al valor" (pág. 130).

por haber sido llamadas normas, le dan la ilusión de que permanece en la esfera normativa sin modificar la actitud racionalista de que había hecho gala para tipificar la esencia de su labor científica. Pero en esto hay una ilusión: se confunde el deber ser lógico y el deber ser axiológico. La ley, en tanto que es lo primero o se la tiene como lo primero, es un mero esquema conceptual que imputa antecedentes y consecuentes formando una geometría lógicamente normativa que la razón puede recorrer por sí misma; pero la norma de cultura, en tanto que es un deber ser axiológico, es una vivencia colectiva que *comprendemos* como fenómeno de experiencia mediante la dialéctica de un ideal real o efectivo. Y no se ve, por lo tanto, cómo pueda hacerse el tránsito racional de la norma jurídica a la norma de cultura, o viceversa, después que se las ha separado y puesto aparte como razón y experiencia respectivamente. Pues no es suficiente el subterfugio de considerarlas a ambas como datos de la realidad, si una es tenida como dato únicamente por la razón y la otra como dato por la experiencia.

En la República Argentina se han actualizado las consecuencias prácticas de este planteamiento, a raíz del diferendo fundamental surgido entre dos insignes maestros en el campo de la doctrina penal: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y SEBASTIÁN SOLER. El primero, que se embarca con MAYER en las normas de cultura, dice que éstas no son metajurídicas sino supraleales,³³

33 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La no-exigibilidad de otra conducta*, parágrafo 4: "sobre la ley -que no quiere decir por cima del Derecho- ...hay una causa general y supraleal de jus-

al responder al cargo, que le formula el segundo, de que se deja de hacer ciencia del Derecho no bien se recurre a elementos o fundamentos ajenos a la Jurisprudencia dogmática: la Ciencia del Derecho ha de resolver por sí misma todos sus problemas, sin salirse de sí misma; y cualquier ingrediente metajurídico que se traiga a cuento no sólo es una interrupción de la construcción propiamente científica, sino una amenaza a la ciencia misma porque afecta la unidad gnoseológica de su objeto.³⁴

tificación;... y en las causas de inculpabilidad, hay otra, general y supralegal también, denominada no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho”.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Recensión bibliográfica al “Derecho penal argentino”, t. I, de Sebastián Soler, parágrafo 12: “Aquí Soler examina, para repudiarla, la famosa teoría de MAYER, sobre las “normas de cultura”, que yo acepto plenamente y que no es metajurídica por ser supralegal”.*

Ver también JIMÉNEZ DE ASÚA, los trabajos: *Norma individualizada, jurisprudencia e interpretación del concepto de prostíbulo. (A propósito de un artículo de Carlos Cossio y de una con versación jusfilosófica), y Nuevas reflexiones sobre la causalidad, en materia penal, de este último el parágrafo 3 titulado “El pensamiento de Soler”.*

- 34 SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 303: “Pero, más que esas discrepancias, nos interesa en esta materia apartar y rechazar las doctrinas en las cuales el concepto de antijuridicidad está henchido de contenidos sociológicos, prejurídicos o metajurídicos, hasta llegar a justificar las acciones conforme a un pretendido derecho *supralegal* Una de las formas más claras de admisión de este derecho supralegal o de preceptos sociológicos o éticos o religiosos prejurídicos, está dada en la teoría de M. E. MAYER sobre las normas de cultura”.

A nuestra manera de ver es indudable que las normas de cultura (consideradas así, como normas, y por lo tanto, con sustantividad e independencia, e incluso con precedencia) son elementos metajurídicos precisamente porque se los reconoce como suprale-gales o colocados más allá de la ley. Es claro que no metajurídicos en el sentido metafísico del jusnatura-lismo, que JIMÉNEZ DE ASÚA, como auténtico científico, repudia; pero sí metajurídicos -y esto es lo importan-te- en el sentido de que las normas de cultura son trascendentes a las normas jurídicas, están más allá de ellas y las fundamentan desde afuera, desde esa su sustantiva trascendencia. Siendo claro, para no-sotros, que todos los problemas del Derecho positivo son inmanentes a las normas jurídicas.

Pero el asunto no es tan sencillo. Creemos que la concepción general del Derecho dentro de la que se mueve JIMÉNEZ DE ASÚA, requiere una rectificación capital en este punto; creemos que hay que conside-rar en otra forma la relación entre ley y valoración jurídica; (y en general, entre lógica y estimativa jurí-dicas); creemos que esa concepción general de JIMÉ-NEZ DE ASÚA lo hace incurrir en el vicio de intelectua-lismo tratándose de una ciencia positiva como la del Derecho. Pero señalamos, dentro del error teórico, el acierto superlativo de su acento realista al invocar

SEBASTIÁN SOLER, *Causas suprale-gales de justificación*, pág. 166: “Bien sabemos que, para atenuar el sentido de las causas suprale-gales, se ha dicho que ellas son sólo supra-legales, no supra jurídicas; pero ... “. Ver también de SEBASTIÁN SOLER el artículo *Acción y Causalidad*.

las normas de cultura, si en esto ha de verse la aprehensión y el contacto con la experiencia jurídica que reclamamos todos los que no creemos que la Ciencia del Derecho sea una ciencia sobre objetos ideales. Precisamente acá diremos que la concepción general de Soler nos parece requerida de una importante integración (no rectificación), porque en este punto se nos ofrece muy desdibujada. Pues si bien Soler reclama para el Derecho un tratamiento "... normativo, finalista y valorativo...",³⁵ es lo cierto que en su

35 SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 25. El manejo valorativo se acusa grandemente en SOLER al hablar de la culpabilidad (ob. cit. t. II, capítulos 35 a 43), pero siempre, como decimos en el texto, sin que se vea qué ubicación sistemática da a la valoración jurídica en el problema del Derecho penal. El siguiente párrafo desnuda la imprecisión que señalamos: "¿Será, por el contrario, posible que aún no mediando ninguna causa enumerada de justificación, el hecho típico no sea ilícito en sí mismo y que para serlo tenga además que revestir alguna otra cualidad positiva? Y este problema se plantea así porque existe una serie de hechos en los cuales, no obstante ser típicos, *el sentido jurídico* se resiste a considerarlos ilícitos" (el subrayado es nuestro, para destacar el asunto, pues ¿qué es el sentido jurídico?). Y pocas líneas más arriba el gran penalista declara: "Es en este punto donde se plantean las dificultades mayores, pues ni nuestra ley, ni ordinariamente ninguna ley nos dice en concreto cuándo está dada esa condición (que percibe el sentido jurídico)" (t. I, págs. 302 y 303).

También JIMÉNEZ DE ASÚA, en su *Recensión bibliográfica* citada, ha notado esta imprecisión de Soler en torno al problema valorativo, cuando hablando de la contraposición entre Naturaleza v Cultura, dice: "Ateniéndonos a

magistral *Tratado* sólo el desarrollo normativo surge en forma sistemática e impecable, con ubicación exactísima de la Lógica jurídica en la problemática integral de la rama del Derecho positivo que estudia; en tanto que los perfiles estimativos afloran dispersos por aquí y por allá, sin que se sepa a ciencia cierta cuál es la ubicación sistemática que Soler da a este problema dentro de la problemática integral del Derecho penal, no obstante haberle reconocido expresa beligerancia al sentar que el Derecho penal es una disciplina valorativa. Es así que un cálido discípulo de SOLER, el criminalista RICARDO C. NÚÑEZ, en su vigoroso estudio *La Ley, única fuente del Derecho penal argentino*³⁶ reaccionando, entre otras cosas,

los términos clásicos de esa contraposición, y colocándonos con ello en el terreno del propio Soler, no podemos dejar de advertir que si en su escrito (se refiere al trabajo *Acción y Causalidad*) aparece perfectamente deslindado el sector de la realidad cuyo conocimiento se gobierna por la ley causal que es objeto de las ciencias naturales, el otro sector, en cambio, ya no se le presenta con tan claros linderos" (parágrafo II de la *Recensión*).

- 36 Por lo demás, nosotros consideramos un error emparentar ideológicamente a NÚÑEZ con SOLER tanto como lo ha hecho la crítica, porque el pensamiento de NÚÑEZ se mueve al margen de toda preocupación filosófica. El estudio a que nos referimos en el texto, es un modelo de alegato intelectualista y en tal sentido creemos que acusa una posición jusfilosófica que no resiste la confrontación ontológica del Derecho. Así, en materia tan decisiva como es la relación que guardan la ley y la sentencia, no es casualidad que Núñez se remita nada menos que a ADOLFO MERKEL; según él "la tarea de la aplicación del

derecho por parte del juez implica: 1º) la fijación de los acaecimientos de hecho de que se trate; 2º) la aplicación a los hechos fijados del concepto jurídico correspondiente; y 3º) la fijación de los efectos jurídicos” (págs. 33 de la separata).

Esta es la concepción del juez como un aplicador de la ley que fuera un autómata intelectual, desarrollada largamente por la teoría de la subsunción y el silogismo legal-judicial. No parece que NÚÑEZ diera lugar a las circunstancias del caso ni a la valoración jurídica. Si el juez penal también interpreta la ley penal, no parece que NÚÑEZ advirtiera que la interpretación de toda ley es valorativa. Sobre este punto resumiremos así la tesis que desenvolveremos en nuestro libro *Ciencia e Interpretación*: Interpretar es conocer o hacerse cargo de lo que un signo significa. Interpretar una proposición es, por lo tanto, conocer lo que las palabras significan; por ejemplo, interpretar una ecuación o una ley física es saber exactamente lo que se quiere decir en tales enunciados. Pero como en el Derecho lo significado es siempre y necesariamente un contenido estimativo, cuando decimos que interpretar una ley es saber lo que ella significa, la interpretación de la ley, en tanto conocimiento de ella, queda remitida a una valoración porque lo significado es una valoración y a ésta sólo se la conoce comprendiéndola a través de su vivencia. La ley, en efecto, además de los objetos que imputa, es en eso mismo un orden, una solidaridad, una justicia, etc.; y el conocimiento de estas valoraciones no es, objetivamente, el proceso intelectual en que consiste la interpretación de una proposición de la lógica del ser, sino la comprensión de dichas valoraciones, que tienen que ser re-creadas porque no se llega a ellas sin su vivencia. El error del intelectualismo jurídico tradicional en materia de interpretación de la ley, consiste en haber

contra la concepción de las normas de cultura, reduce impropriamente la discusión al aspecto normativo o lógico-legal. Sin embargo el profesor AFTALIÓN, en un artículo notable y brillante,³⁷ habíale advertido, con polémica antelación, la insuficiencia de este planteamiento. Pues admitiendo que la ley (e incluyendo en esto la constitución, como es obvio) sea la única fuente del Derecho (no sólo del penal), en el sentido de que no se ha de buscar afuera de las normas jurídicas generales vigentes nada que configure o determine la sentencia, queda todavía por averiguar qué hace el Juez con aquello que se da dentro de la ley como objeto no-independiente pero que no es la ley en tanto imputación normativa. O dicho en otros términos: si el Derecho penal es una disciplina valorativa y si la valoración jurídica no ha de ser buscada afuera de la ley ¿dónde queda lugar para ella si el Derecho penal se agotara en la ley, al agotarse ésta en tanto norma con el tratamiento racional-deductivo, que la toma innegablemente en su norma-

creído que el conocimiento de la ley, vale decir su interpretación, concluía en aquel proceso intelectual propio de la Lógica del ser. Por otra parte, como jamás es la ley la que resuelve un caso, sino siempre es la totalidad del ordenamiento jurídico el que lo resuelve, el juez no interpreta nunca solamente una ley sino siempre la totalidad del ordenamiento jurídico. Lo cual hace ver que es inconsistente la común y atomizante distinción entre "interpretación propiamente dicha" e "integración para colmar lagunas y resolver los casos no previstos".

37 ENRIQUE R. AFTALIÓN: *La Escuela penal técnico-jurídica y la Teoría pura del Derecho*, parágrafo 11.

tividad sin dejar residuos? La posición de NÚÑEZ no tiene respuesta, bloqueada en su intelectualismo. La solución, diseminada inorgánicamente en el *Tratado* de Soler, está perfectamente explicitada en el referido trabajo del profesor AFTALIÓN que es, hasta hoy, el único desarrollo sistemático, en la esfera penal,³⁸ de la teoría egológica del Derecho que nosotros venimos elaborando desde hace algún tiempo. De modo

38 Los demás criminalistas de renombre en nuestro país, guardan hasta ahora un discreto silencio sobre este asunto que, con tanta jerarquía intelectual, ha envuelto en una polémica a los cuatro nombrados en el texto. Es cierto que nuestros positivistas y neopositivistas se han alborozado grandemente con el trabajo del profesor AFTALIÓN; pero hasta tanto no se conozcan opiniones escritas fundamentadas, esto ha de interpretarse como una reacción personal en cuanto AFTALIÓN critica a SOLER y en cuanto SOLER ha sido y es, en la Argentina, el perseguidor implacable del positivismo penal, labor de renovación ideológica que ha rematado magníficamente con su monumental *Tratada*. Decimos esto porque la crítica de AFTALIÓN tiende a una integración del pensamiento de SOLER y porque la ajustada ponderación del positivismo que él hace, no es menos definitiva para sellar su caducidad intelectual. “Hay que hacer justicia a los positivistas y reconocerles el mérito eminente de haber encarado decididamente al Derecho penal como una ciencia de experiencia” (pág. 32 de la separata); “pero los positivistas no deben olvidar que la experiencia jurídica, por ser una experiencia estimativa o valiosa, escapa sutilmente por entre las mallas de los métodos estrictamente causal-explicativos o galileanos” (pág. 40). Lo que en buen romance quiere decir que el positivismo puede continuar su trayectoria sólo dejando de ser positivismo.

parecido a como el color y la extensión son objetos no-independientes, según el brillante ejemplo de HUSSERL en su investigación arriba citada, así también son no-independientes la ley, en tanto antecedentes y consecuencias imputadas, y la valoración jurídica puesto que la ley es siempre algún orden, alguna seguridad, alguna justicia, etc. De esta manera y por eso mismo la valoración es inmanente a la ley y no es trascendente a ella, como se viene a significar con la concepción de las normas de cultura.

Esta larga referencia a una polémica que ha envuelto a los cuatro eminentes penalistas nombrados y que ilustra cómo repercute la teoría general del Derecho en las disciplinas particulares cuando el jurista vuela a gran altura, tiene por objeto mostrar a lo vivo otro perfil del problema de la inmanencia que estamos considerando y que enlaza directamente este asunto con el de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico.

En efecto, si el análisis ontológico del Derecho nos hace ver que la valoración jurídica le es inmanente, cosa que nosotros enunciamos diciendo que el Derecho no es un medio para realizar el orden, la seguridad, la justicia, etc., porque ya el Derecho mismo es eso de por sí;³⁹ si esto interesa decisivamen-

39 Este punto de vista no lo desarrollamos acá porque no interesa directamente a la cuestión que estudiamos, según se colige de lo que se dice en el texto; pero está ampliamente tratado en nuestro libro *Ciencia e Interpretación* y en las extensas anticipaciones del mismo que hicimos en *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, en *La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho* y en *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*.

te para ubicar y abordar el problema estimativo del Derecho, como es patente, resulta necesario para la teoría egológica, explicitar la estructura objetual donde se asientan aquellos contenidos estimativos y hacer ver el sentido inmanente que, en consecuencia, tiene también dicha estructura en cuanto estructura del Derecho, con independencia de cuales fueren aquellos contenidos y siguiendo también una vía de fundamentación autónoma respecto de los mismos puesto que se trata ahora de un problema lógico-conceptual y no incurrimos en el error metodológico de creer que la Lógica se fundamenta en la Axiología.

Con esto volvemos al problema de las lagunas del Derecho en el tercer desarrollo que habíamos anunciado.

Pues si el derecho positivo (que es el único Derecho a que la ciencia puede referirse), en tanto realidad, es conducta humana; si el derecho positivo es un objeto egológico para el conocimiento, es decir, es vida humana viviente y no alguna de las objetivaciones que hace la vida humana y que quedan luego fuera de ella subsistentes como objetos mundanales,⁴⁰ es claro que la dificultad que nos sale al paso es

40 El matrimonio, por ejemplo, es vida humana viviente y no forma para la vida vaciada de la vida. Una estatua, en cambio, es vida humana objetivada. Tratamos con gran extensión esta distinción entre objetos egológicos y mundanales, en *Ciencia e Interpretación*. Ver también *La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho*, pág. 95 y sigtes. Ver también los muy importantes desarrollos de esta idea que ha efectuado LUIS EDUARDO NIETO ARTETA en sus trabajos *La obra teórica del profesor Carlos Cossio*, especialmente en

el problema de la libertad metafísica ya que la vida humana es esa libertad exteriorizándose en el mundo fenoménico.⁴¹ O dicho de otra manera; se trata de averiguar cuál es la estructura con que aparece esa libertad en la conducta, para verificar en ella que su propio sentido estructural es normativamente inmanente.

A nuestra manera de ver la cuestión está resuelta desde 1906, por obra de DEL VECCHIO.⁴² Después de destacar con profundidad que, en la acción humana, los mundos psicológico y físico están en una relación de compenetración y no de sucesión; y de que no hay, por tanto, acciones meramente internas ni meramente externas, pues toda acción al propio tiempo que es un hecho de la naturaleza es también un hecho de la voluntad, DEL VECCHIO dilucida, con absoluta precisión, que las acciones humanas tienen dos modos, y no más que dos, de interferir entre sí: el modo subjetivo y el modo intersubjetivo.⁴³ La in-

su nota 118; y *Lógica, Fenomenología y Formalismo jurídico*, pág. 173.

41 KANT, *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*, pág. 39: "Cualquiera sea el concepto que, en un plano metafísico, tengamos de la *libertad de la voluntad*, sus manifestaciones *fenoménicas*, las acciones humanas, se hallan determinadas..."

42 GIORGIO DEL VECCHIO, *El Concepto del derecho*, cap. II. Para lo que se expone en el texto, conviene tener presente que la "abstención o actitud negativa, también entra en el concepto general de acción" (pág. 18).

43 En sus primeros libros. DEL VECCHIO llama *objetivo* a este segundo modo. Pero en las últimas publicaciones del

terferencia es subjetiva cuando al hacer se opone el omitir; y es intersubjetiva cuando al hacer se opone el impedir. Ambas interferencias son posibilidades categoriales del obrar, de modo que cualquier acción las contiene y cualquier acción puede ser concebida desde una y desde otra.

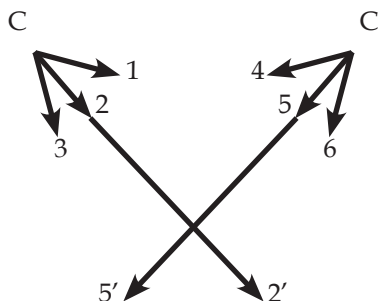


Figura 1

El punto de intersección C representa la conciencia personal de un sujeto y cada una de las flechas 1, 2 y 3, tres acciones diferentes que se predibujan en ella. Sea, por ejemplo, el caso de un enfermo que concurre al consultorio de un famoso médico en procura de diagnóstico, a pesar de que el precio de la visita es enorme (\$ 500), suma con la que él pensaba atender las necesidades de su hogar. Supongamos que la enfermera ha dejado solo a nuestro enfermo en una salita, a la espera de su turno; y que en la mesa escri-

maestro se lo llama como decimos en el texto. Las dos denominaciones son correctas, aunque la actual alude a lo que es más esencial al Derecho.

torio de la misma salita, la enfermera ha guardado los 500 pesos del precio sin tomar mayor precaución, poniéndolos en un cajón sin llave, junto con el importe de varias otras visitas anteriores.

Nuestro enfermo, en su soledad propicia, ve pasar por su conciencia el esbozo de las siguientes acciones: 1) Tomar los miles de pesos que hay en el cajón y huir; sería un negocio de mucho provecho ya que, luego, otros médicos eminentes podrían diagnosticarlo. 2) Tomar sólo \$ 450, reduciendo la onerosa consulta a límites discretos, en un acto de justicia determinada por propia cuenta; así no trastornaría los cálculos de su economía doméstica, de otra manera gravemente amenazados dada la pobreza en que se desenvuelve su vida. 3) Quedarse quieto y dejar que los sucesos sigan normalmente su curso; al fin y al cabo nadie ni nada lo obligó a consultar ese médico tan costoso; lo buscó libremente.

Así como éstas, muchas otras acciones pueden esbozarse en su conciencia. Pero es claro, en razón de que el tiempo es irreversible y unidimensional, que está forzado a realizar una acción, pero no mis de una, en el momento y, así, en cada momento. Es decir, que frente a la acción que realice, está la omisión de las otras acciones posibles porque su hacer respecto de aquélla es también su omitir respecto de éstas. Como se ve, estamos ante una interferencia subjetiva de acciones porque consideramos un único sujeto actuante.

Supongamos que nuestro enfermo se decide por la acción 2, cuya realización fenoménica se expresa en nuestro gráfico por la prolongación de la flecha correspondiente hasta 2'. Esta acción es la única realidad de

conducta y como tal implica en todo su recorrido, lo psíquico y lo físico en relación de compenetración; no es que haya primero una decisión psíquica libre en la conciencia y luego una realización física mecánica en el mundo externo; esa relación física lleva en sí, en todas sus partes, el sentido psicológico de la voluntad que la estructura y constituye; y ese sentido no es ninguna realidad de conducta antes de su realización. Así la acción es independiente de los otros deseos que puedan haber quedado en la conciencia de nuestro enfermo (por ejemplo el deseo de optar por llevarse todo el dinero, a pesar de que lo realizado sea otra cosa. Lo realizado tiene siempre su voluntad y por ella se estructura. No obstante que la intensidad de aquellos deseos, saque del foco de la atención a la voluntad cumplida, no por eso ésta deja de ser la única realidad de conducta en lo que concierne a nuestro análisis. Pues es claro que tener malos deseos configura, sin duda, otra acción; pero no es la que consideramos en este momento).

Mas he aquí que la enfermera, inadvertida por nuestro enfermo, lo vigila desde una habitación contigua. Y frente a la acción cumplida por él, que percibe y comprende, se nos ofrece el problema de la conciencia de ella (C del gráfico) con la siguiente interferencia subjetiva de sus acciones posibles. 4) Pedir auxilio y denunciarlo. 5) Adelantarse y exigir al enfermo una participación por su complicidad. 6) Quedarse quieta y encubrir el hurto de los \$ 450 porque comprende la motivación del enfermo o porque guarda resentimiento a su patrón.

Este problema de la enfermera (C) es estructuralmente el mismo en su conducta, que el que

hemos analizado para el enfermo (C). Y así supongamos que ella se decide por la acción 5, cuya realización fenoménica queda representada en el gráfico por la prolongación hasta 5' de la flecha correspondiente. Pero con esto llegamos a un nuevo tipo de interferencia entre las acciones posibles: la acción 2 de C interfiere con la acción 5 de C; siendo intersubjetiva esta interferencia porque es entre sujetos (lo que fundamenta la bilateralidad de las normas jurídicas); y también objetiva porque con ella aprehendemos la acción desde fuera (lo que posibilita su coercibilidad), desde que la interferencia se produce después que la acción ha iniciado su recorrido. En efecto, la interferencia subjetiva está en el origen mismo de la acción, de modo que ésta se realiza ya interferida por las omisiones y por eso su referencia a la realidad sólo puede ser una referencia hacia delante en el sentido del tiempo. La interferencia intersubjetiva, en cambio, está a mitad de camino de la realización de conducta posible (de ahí la exterioridad jurídica, porque toda realización es fenoménica), y por eso la referencia que esta interferencia contiene respecto de la conducta, es hacia atrás y hacia delante en el sentido del tiempo. Así se comprende que si con un solo concepto vamos a referirnos a la primera, tengamos que recurrir necesariamente a un juicio categórico, en tanto que para la segunda, con igual necesidad, tengamos que recurrir a un juicio disyuntivo.⁴⁴

44 En este punto capital, incidental en este trabajo, está tratado extensamente en nuestra *Teoría de la Conducta*, cap. IV (en preparación) y en *Ciencia e Interpretación*, cap. VIII.

En este último tipo de interferencia, el hacer se determina en correlación con el impedir, el que sólo es, por cierto, la conducta interferente del segundo sujeto (la enfermera). Pero un análisis más reposado de esta situación hace ver que la conducta de la enfermera interfiere con la conducta del enfermo no sólo con la acción elegida en el ejemplo, sino también con cualesquiera de las otras que realizare, porque siempre su comportamiento incide, de alguna manera, sobre el comportamiento del enfermo en cuanto lo impide o no; de la misma manera que la acción del enfermo está en interferencia con las acciones posibles del dueño del dinero (impedido de disponer de él como dueño porque se lo han sustraído). Y de la misma manera, cada acción de cada persona de la comunidad está siempre en interferencia intersubjetiva con todas las acciones de todas las demás personas, en un sistema de relaciones que determina el comportamiento por su correlación con el impedimento.

En esta forma genial, como meras posibilidades lógicas de la conducta DEL VECCHIO señala los ámbitos de la Moral y el Derecho, dándonos sus conceptos puros; la Moral está en la interferencia subjetiva de las acciones y el Derecho está en su interferencia intersubjetiva. Con esto se quiere decir que la norma moral nos dice cómo debe ser la interferencia subjetiva, en tanto que la norma jurídica nos dice cómo debe ser la interferencia intersubjetiva. El hurto de nuestro ejemplo está condenado por la moral y condenado por el derecho; pero cada uno lo condena en forma independiente con una norma que se constituye sin tomar nada prestado de la otra ni apoyar su estructura fuera de sí misma.

Ahora bien, limitándonos a nuestro tema, es decir a las normas jurídicas, y puesto que la norma representa o dibuja conceptualmente una conducta, quiere decir que cada norma, en tanto estructura conceptual, es una estructura de la libertad porque la conducta es libertad fenoménica. Lo que después de todo lo dicho no nos ofrece ninguna duda, puesto que la acción humana corre sin impedimento hasta que está jurídicamente interferida. Es decir que, en toda norma jurídica, la libertad es primero que el impedimento porque el impedimento opera normativamente sobre la libertad fenomenalizada, enunciándose como una prohibición de la prosecución de ésta. Y con esto se comprenden tres cosas decisivas:

Primeramente, que esté permitido todo lo que no está prohibido, porque aquello es la libertad fenomenalizada antes de la interferencia intersubjetiva. Luego, que esta norma sea ontológicamente necesaria al Derecho, tan necesaria como la prohibición de lo ilícito que queda del otro lado de la interferencia. Y por último, que dicha norma sea inmanente a cada norma positiva y no trascendente o periférica al conjunto de ellas, como creyó DONATI, pues lo que cada norma jurídica enuncia como impedible, lo hace dentro de la disyunción exhaustiva de lo lícito y lo ilícito, de tal manera que al darse un miembro del enunciado, se da conjuntamente el resto de la enunciación. No son dos normas acopladas en contigüidad (la norma de la libertad y la del impedimento que estereotipa una obligación), como piensa DONATI, sino una sola norma con estructura disyuntiva. Por eso la norma de la libertad es la misma cualquiera sea la cantidad de normas contingentes; y por eso ella es

inmanente a cada norma positiva puesto que no se funda en lo contingente de éstas, sino en la estructura lógica del concepto del Derecho que organiza con tal calidad aquellos elementos contingentes.

Con esta última consideración, que DEL VECCHIO no dejó pasar inadvertida en su importancia y en su novedad, al comentar nuestro libro *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la Ley*, cerramos la fundamentación del apriorismo filosófico en nuestro problema y dejamos el asunto, en particular lo concerniente a la norma que enuncia que está permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido, con la fuerza de lo que está demostrado y no simplemente postulado. Pero no queríamos abandonar este punto, sin antes colocar en su lugar una notabilísima investigación de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, que nos concierne.⁴⁵

Digamos por de pronto que GARCÍA MAYNEZ logra un éxito concluyente al definir lo que se suele llamar libertad jurídica en tanto derecho de libertad -y que nosotros más correctamente preferimos llamar facultad de señorío-, como “la facultad que toda persona tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio” (p 35). Consideramos que la Ciencia del Derecho tiene, en esta investigación del gran jusfilósofo mexicano, una

45 EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, t. I, cap. XVIII; y EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Libertad, como derecho y como poder*. Las citas en el texto se hacen sobre este segundo trabajo, que es más completo.

base firme para aprovechar y una conclusión definitiva a la cual referirse.

Sin embargo, meditando sobre la magnífica investigación de GARCÍA MAYNEZ para ubicarla lo más exactamente posible en la teoría general del Derecho, se advierte que ella contesta a la pregunta ¿qué es la libertad jurídica), en un sentido muy particular e impropio, porque se refiere al derecho de libertad y no a la libertad como dato del Derecho (libertad jurídica en sentido propio); el cual dato es dato no sólo del derecho de libertad, sino de cualquier facultad jurídica.

Es cierto que la respuesta de GARCÍA MAYNEZ es positiva, y no negativa o por exclusión de lo que no es la libertad, como HUGO ROCCO sostuvo ser la única manera de definirla. Pero aún así, la respuesta de GARCÍA MAYNEZ aclara únicamente en qué momento y bajo qué circunstancias el dato de la libertad jurídica aparece como derecho de libertad o facultad de señorío; pero no nos explica por qué razón ocurre semejante cosa, siendo de notar que lo decisivo en este punto es la coincidencia del dato con el facultamiento, porque el derecho de libertad lo es de libertad por el dato, pues, precisamente, lo que se faculta es la autodeterminación. Si bien GARCÍA MAYNEZ nos habla correctísimamente del señorío, no sucede lo mismo en lo que concierne a la facultad, pues aquí escamotea la identidad que, a este respecto, existe entre la facultad de señorío y la facultad jurídica en general; identidad que consiste ontológicamente en la libertad metafísica bajo el signo positivo de lo lícito o permitido y que pone una íntima unidad entre la facultad de cumplir la propia obligación y la facultad

de señorío, haciendo ver cómo la segunda es la misma cosa que la primera, dentro de las circunstancias que bien ha puesto al descubierto GARCÍA MAYNEZ.

Con objeto de entender rectamente nuestras observaciones, anticipemos, dentro de una cuestión terminológica, algo que es fundamental: no nos parece que se puedan usar como sinónimas las expresiones *derecho de libertad y libertad jurídica*, pues en tanto la primera es unívoca al referirse a la facultad de señorío, la segunda es equívocas porque, junto con esta sinonimia artificialmente establecida, conserva siempre su referencia a otra cosa diversa cual es el dato metafísico de la libertad humana jurídicamente considerada y calificada con el signo positivo de lo lícito o permitido. La libertad jurídica en sentido propio no es otra cosa que la libertad metafísica en su juego jurídico dentro de la esfera de lo lícito; y en tal sentido hay libertad jurídica allí donde hay facultamiento porque, como hemos dicho, lo que se faculta es la autodeterminación (por eso GARCÍA MAYNEZ refiere correctamente el problema al *ejercicio* de los derechos). Así, no solo la facultad de señorío, sino todo derecho subjetivo o facultad jurídica en general, es libertad jurídica o licitud de un querer, pues aunque éste esté totalmente determinado, la determinación es independiente del querer mismo y su licitud: quien tiene una obligación de hacer o de no hacer, tiene también la facultad de cumplir su obligación, siendo claro que lo primero contempla la determinación lícita del querer y lo segundo sólo la licitud del querer mismo. Ahora bien, ¿qué resulta si se rompe esta íntima unidad que hay entre la facultad de cumplir el propio deber jurídico y la facultad de señorío, tomando

como criterio de separación precisamente la libertad jurídica? ¿Y qué resulta si para justificar entonces la libertad de señorío se echa mano de argumentos que sólo pueden referirse a la libertad jurídica en sentido propio y pleno? Veamos, en consecuencia, cómo GARCÍA MAYNEZ capitula en estas dos situaciones debido al equívoco apuntado.

Analicemos y ahondemos nuestros reparos para dejar las cosas en su lugar y poder aprovechar de verdad la investigación de GARCÍA MAYNEZ. Éste comienza (p. 19) exponiendo la distinción tradicional entre actos ordenados, prohibidos y permitidos, de acuerdo al esquema de la fig. 2, para luego recordarnos que la libertad jurídica se suele definir negativamente como la facultad de hacer u omitir lo que no está ordenado ni prohibido. Consideramos un error haber tomado este punto de partida, primero, porque el esquema es lógicamente falso y segundo, porque siendo innecesario para la investigación de GARCÍA MAYNEZ, uno queda en la duda, al final, de si su pensamiento ha abandonado el esquema o de si lo ha seguido, en este caso con perjuicio para él.



Figura 2

Veamos lo primero. El esquema utilizado es lógicamente falso porque carece de *principium divisionis*, pues bajo la enunciación aparente de tres clases de actos o acciones, se refiere en realidad a unos exclusivamente como deberes (secciones 1 y 2: ordenados y prohibidos) y a otros exclusivamente como facultades (sección 3: permitidos). La división no es, pues, una división lógica; apenas es un agrupamiento de actos. Pero los actos humanos, concebidos al margen de la conceptualización "facultad-deber", son meros hechos naturales que no interesan ni sirven para una investigación jurídica. No bien se concibe jurídicamente cualquiera de los actos agrupados, junto con el deber aparece inseparablemente la facultad y viceversa. Por ejemplo, la obligación de hacer o de no hacer algo se enlaza inseparablemente con la facultad de cumplir esa obligación. Y si, en el Derecho, estos términos son oncológicamente inseparables, como es evidente, no se entiende cómo el esquema pueda referirse a unos exclusivamente como deberes y a otros exclusivamente como facultades.

En conexión con esto, para remover los casilleros que da el esquema, ha de tenerse en cuenta que la facultad jurídica está en los tres casilleros, pues quien tiene una obligación de dar, hacer o no hacer, tiene necesariamente el derecho de cumplir dicha obligación, con lo cual aquel dar, hacer o no hacer son cosas también jurídicamente permitidas, a pesar de estar catalogadas en otros casilleros. Y también ha de tenerse en cuenta que los actos prohibidos, junto con las obligaciones de no hacer que comportan, no se distinguen de los actos ordenados, porque ya bien se sabe que una obligación de no hacer es

una obligación de hacer. El jurista no puede seguir perturbado con esta pseudo-distinción. Ya es hora de que se comprenda que, por ejemplo, cuando yo voy a un parque y ocupo uno de sus asientos para leer un periódico, los demás concurrentes, al no molestarme, cumplen la obligación jurídica que tienen para conmigo porque precisamente esa atención de impedírmelo es el comportamiento que les prescribe el derecho. El hecho de que una obligación de no hacer se cumpla sola, por así decir, en el sentido de que no se reclama una modificación de las circunstancias del mundo exterior, sino, precisamente, su mantenimiento o curso natural, impide ver, a la mirada ingenua, cuándo y por qué se cumple una obligación general e indeterminada como la del ejemplo; siendo claro que ella se cumple, como toda obligación, con un comportamiento positivo y determinado, pues abstenerse es también una manera positiva de comportarse. Por esta razón, como dice GARCÍA MAYNEZ, “la obligación negativa sólo es exigible cuando deja de ser cumplida. Mientras es acatada, no tiene sentido exigir su cumplimiento (pág. 50).

Veamos ahora lo segundo, es decir la indecisión en que está el eminente jusfilósofo mexicano para apartarse o no del esquema tradicional que acabamos de criticar y, con ello, de acertar cuando se aparta y de errar cuando lo sigue.

GARCÍA MAYNEZ se aparta decididamente del esquema cuando dice: “La circunstancia de que los autores que han abordado el estudio del tema, definan por exclusión el ámbito de la libertad, obedece a la creencia errónea de que tal derecho es *una especie* si-

tuada en el mismo plano de otras, dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos... La mejor demostración de que la libertad jurídica no representa un grupo independiente de facultades, en la clasificación de los derechos subjetivos, está en el hecho de que se manifiesta siempre en el ejercicio de todas las otras, sean de la especie que fueren... Se trata de una forma categorial de manifestación de todo derecho subjetivo, absoluto o relativo, privado o público" (pp. 21 y 22), términos estos últimos que denotan una identidad de pensamiento con lo que nosotros dijimos al respecto en *La Plenitud del Orden jurídico y la Interpretación judicial de la ley*, pp. 19 y 77.

Pero por otro lado resulta que el pensamiento de GARCÍA MAYNEZ se mueve dentro del esquema criticado, cuando se ve obligado a distinguir entre lo permitido *lato sensu* y lo permitido *stricto sensu* (pp. 20 y 21). Lo primero, que es idéntico a lo lícito, comprende los tres sectores del esquema: ejecución de los actos obligatorios, omisión de la conducta prohibida y ejecución u omisión de los procederes que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Lo permitido *stricto sensu* se refiere sólo al tercer sector. Los dos primeros sectores constituyen lo *lícito obligatorio*, en tanto que el último constituye lo *lícito potestativo*. Y aquí GARCÍA MAYNEZ declara que sólo esto último es libertad jurídica, en contra de lo que se desprende de las frases transcritas en el párrafo precedente.

Pero la distinción entre lícito potestativo y lícito obligatorio es lógicamente falsa dos veces. Es falsa porque el concepto de lícito obligatorio no contiene ninguna referencia a la facultad de cumplir con

el propio deber, involucrada en toda obligación, y siendo, precisamente, la facultad o derecho subjetivo el objeto que ha de ligarse con la libertad jurídica (criterio exacto de la citada frase transcripta). Y es falsa porque la licitud es una nota puramente lógica del Derecho y, en cuanto tal, no puede ser determinada como potestativa ni como obligatoria. Lo lícito en cuanto tal es idéntico en uno y otro caso y su concepto no se enriquece o determina mayormente con agregarle los calificativos de potestativo y obligatorio, que no se refieren a él, ciertamente, sino a la actividad que ejerce el sujeto jurídico.

En lugar de decirse lícito potestativo, debe decirse facultad de señorío; y en lugar de lícito obligatorio, debemos referirnos a la facultad de cumplir con el propio deber. Con esto se enmiendan los dos errores que acabamos de exponer; pero con ello se rompe el esquema que acá inspira a GARCÍA MAYNEZ. También con esto se restaura la íntima unidad que tiene el problema, cual es la de lo permitido en general; y se nos prepara para comprender que es la misma libertad jurídica la que, en ciertas condiciones, se nos ofrece como facultad de señorío. Porque así la palabra facultad queda usada en ambos casos con el mismo sentido y refiriéndose a la misma cosa; y es esa misma cosa -la libertad jurídica-, la que se nos ofrece como facultad de señorío como facultad de cumplir la propia obligación, a tenor de las circunstancias, impecablemente señaladas por GARCÍA MAYNEZ, que condicionan su despliegue jurídico. Precisamente por no haber considerado estas cosas, GARCÍA MAYNEZ, al final de su trabajo (cap. V) confunde el derecho de libertad con la libertad como derecho, que

él declara sinónimos (p. 74) no obstante el sentido subjetivo de la palabra derecho en la primera locución y de los sentidos subjetivo y objetivo de la misma en la segunda: Que se llame derecho de libertad a la facultad de señorío, no suscita reparos; pero que sólo esto sea la libertad como derecho, es algo que no se puede aceptar sin gran violencia de los términos y sus significaciones, porque al ejercitar mi derecho de cumplir mi propia obligación, mi libertad metafísica de hacerlo es libertad como derecho, aunque no es facultad jurídica de señorío.

También en conexión con la dependencia que tiene el pensamiento de GARCÍA MAYNEZ respecto del esquema tripartito criticado, se explica que censure la formulación usada por nosotros, del postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. Según GARCÍA MAYNEZ lo correcto es decir: todo lo que no está ordenado ni prohibido, está permitido. Pero esto significa encajonar la libertad como derecho en el casillero N° 3 del esquema, al confundirla con el derecho de libertad o facultad de señorío. No ha sido nunca éste, nuestro pensamiento; para nosotros la importancia de aquel postulado es ontológica, porque nos hace ver que en el Derecho la libertad es lo primero como dato. Nosotros nos referimos a la libertad como derecho, es decir a la facultad jurídica en general; no a la facultad que es meramente facultad de señorío. Nosotros nos referimos a ese contenido ontológico tan importante para el derecho positivo que por sí mismo puede justificar la profunda observación de MERKL de que el arbitrio o discrecionalidad de los órganos del Derecho (y el sujeto es órgano en su esfera), “se deduce, en la gran mayoría de los casos, del

silencio de la ley, de la renuncia intencionada o forzo-
sa, a una determinación mayor; y no de autorización
expresa con fórmulas acuñadas para ello".⁴⁶

En este sentido el postulado de que y todo lo
que no está prohibido está jurídicamente permitido,
no significa una proposición tautológica que pudiera
convertirse, por conversión formal, en su sinónima
equivalente de que todo lo que no está permitido está
jurídicamente prohibido. Esto es lógica formal que
vacía de su contenido ontológico a aquel postulado,
siendo que lo que se quiere significar con él es el dato
ontológico de que lo primero y originario del Dere-
cho, como contenido, es la libertad jurídica: libertad,
porque el Derecho es conducta y ésta es libertad me-
tafísica fenomenalizada; y jurídica, en cuanto la juri-
dicidad, con su disyunción de lo lícito y lo ilícito, es la
categoría intersubjetiva de toda conducta.

Precisamente acá, al llegar a las consecuencias, se
ven las diferencias entre nuestro pensamiento y el de
GARCÍA MAYNEZ, así como cuánto le ha enturbiado la
visión del problema en sus proyecciones, el falso es-
quema con que comenzó a razonar:

46 ADOLFO MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*,
pág. 186. Y se insiste en la pág. 188 en los siguientes tér-
minos: "Para ver que el arbitrio no constituye una *pe-*
culiaridad de la *administración*, sino que la encontramos,
también, en otros dominios de la actividad estatal, no
es menester la prueba, en cierto grado *empírica*, que nos
proporcionan las fórmulas discrecionales corrientes en el
moderno derecho judicial, puesto que ni constituyen por
sí solas todo el arbitrio judicial ni son necesarias para la
existencia de éste".

En llegando el momento de justificar la facultad jurídica o derecho subjetivo. GARCÍA MAYNEZ sustenta sucesivamente dos criterios de muy diverso valor lógico, uno para la facultad de señorío y otro para la facultad de cumplir el propio deber, como si no fuera posible justificar unitariamente la facultad en general.

Tratándose del derecho de cumplir con el propio deber, nuestro autor declara que la justificación “es de muy fácil respuesta. Quien tiene el deber de hacer algo, está, lógicamente, autorizado para hacerlo. Este principio se impone a nuestro espíritu con la avasalladora claridad de lo evidente. ¿Cómo podríamos ser sujetos de una obligación cualquiera, si se nos prohibiera acatarla? Lo que el deber ordena, no puede vedarse en nombre del deber. Ello equivaldría atribuir a un mismo imperativo dos contenidos contradictorios” (p. 58). Estamos de acuerdo y obsérvese que el discurso es lógica pura; es el juego del principio de no contradicción: su fuerza de convicción es apodíctica; más que una demostración, es una mostración, para hablar en términos caros a los fenomenólogos.

Pero tratándose de justificar la facultad de señorío, GARCÍA MAYNEZ no encuentra otro camino que la vía demostrativa y recurre a una demostración teleológica: la facultad de señorío explícate en función de algún deber jurídico del titular respecto del cual el Derecho ha dejado indeterminados los medios para realizarlo, de modo que la facultad de señorío aparece como un medio y el deber jurídico como un fin. “La libertad es, por consiguiente, el derecho de seleccionar los medios que condicionan (en forma inmediata o remota) el cumplimiento de un deber” (p. 63). Con

semejante teoría GARCÍA MAYNEZ llega a decir que la elección entre un tranvía y un ómnibus, que yo realizo para ir desde mi casa a mi oficina de trabajo, se funda en última instancia en mi deber de vivir y subsistir (se funda inmediatamente en mi deber de llegar a aquel sitio; y mediatamente, sucesivamente en mi deber de trabajar para alimentarme y luego en mi deber de alimentarme para subsistir -pp. 65 y 66-). Debemos declarar que no encontramos ninguna fuerza de convicción en todo esto; frente a este argumento nuestra mente no ha podido rebasar el estado de ánimo que el propio GARCÍA MAYNEZ debe de haber tenido antes de recurrir al ejemplo, cuando escribió en la pág. 65: "Acaso la inteligencia de esta teoría, que a primera vista ofrece el aspecto de una construcción artificial, resulte más fácil a través de un sencillo ejemplo".

La justificación teleológica, que aspira a demostrar y no a mostrar, es empíricamente contingente porque se refiere a la existencia de algo y, en tal sentido, depende de los hechos. Pero entonces la facultad de señorío sería un derecho positivo más dentro de un ordenamiento jurídico y no una categoría de todo derecho positivo posible. O dicho de otra manera: la argumentación teleológica a que recurre GARCÍA MAYNEZ omite lo más importante porque no considera su propio fundamento, es decir, no considera ni explica por qué siempre y necesariamente habría ciertos deberes respecto de los cuales todo Derecho positivo dejaría sin determinar los medios para cumplirlos. No basta decir cuándo hay facultad de señorío (lo que es una contingencia de cada régimen positivo), si no que es menester decir previamente por qué ha de haberla de modo ineludible; pues si al Derecho positivo le fue-

ra dado suprimir aquellas indeterminaciones, recién entonces sería legítimo detenerse en un fundamento contingente para fundamentar la facultad de señorío en general. Además, ¿qué carácter tiene este último deber que se afirma al final de la serie, por ejemplo el deber de subsistir, en nuestro caso? ¿No estamos en el jusnaturalismo, o por lo menos en sus formas larvadas de transcendencia hacia la cultura, la moral o el sociologismo? Y por último, ¿no es claro que en aquella noción teleológica se desliza el equívoco, común en el dominio jurídico, entre teleología y valor; es decir entre la relación medio-fin, que pertenece a la realidad, y el propósito de conciencia en cuanto pertenece a la estimativa, que se da como valor antes de la serie teleológica aunque ésta luego lo incorpore como último eslabón o como simple eslabón? Así, que el ómnibus sea un medio para llegar a mi oficina, es algo indudable; y en tal sentido *puede* (pero no más que puede) integrar la serie teleológica del ejemplo de GARCÍA MAYNEZ. Pero con lo que no estamos de acuerdo es con que el ómnibus *valga* como medio, porque los medios son o no son medios para los fines, pero no valen como medios. Lo que le confiere este valor es mi opción entre el ómnibus y el tranvía porque lo que vale es, precisamente, mi opción; y mi opción, en su valer jurídico o derecho de libertad, está fuera de la serie teleológica que pertenece al ser. En otras palabras, si la elección del ómnibus vale jurídicamente es porque jurídicamente vale mi voluntad en este caso; y, en tal sentido, mi voluntad -que es autodeterminación creadora- ha creado este valor al elegir el ómnibus. Y por mucho que mi decisión explique o integre la serie teleológica, ni la serie ni el hecho psicológico de la deci-

sión explican el valor jurídico de la elección, que vale por mi sola voluntad, es decir porque yo he elegido.

Nosotros creemos que la facultad de señorío se justifica lo mismo que la facultad de cumplir con el propio deber, es decir por mostración y no por demostración. Y más aún, que esa mostración es la misma en ambos casos, porque en ambos casos lo que se muestra con evidencia inmediata es el Derecho en tanto facultad. Para ello, claro está, es menester proyectar directamente el juego de algún principio lógico sobre el objeto a conocer y saber ver este objeto con la inteligencia. Así, viendo al Derecho en tanto objeto egológico, es decir como conducta o vida humana viviente, y puesto que la conducta es libertad, se comprende con inmediata evidencia que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, porque si no estuviera permitido ¿qué más podría estar, no habiendo una tercera posibilidad lógica?

A nosotros nos parece suficiente para justificar la facultad jurídica, y con ello la facultad de señorío, el hecho de que el hombre es hombre, es decir un ser sensible e inteligible como diría KANT, cuya experiencia es una experiencia de libertad y no de necesidad. No se trata de la actitud jusnaturalista de creer que al hombre le es debida, por sus semejantes, la facultad jurídica en razón de su naturaleza. Se trata de esto otro que subraya FALZEA en su gran libro: "Con eliminar al hombre del mundo del derecho, acogiendo solamente sus acciones y omisiones singulares en relación con las normas jurídicas que le conciernen, no se puede llegar a ningún elemento que pueda unificar esas manifestaciones de la personalidad psicológica humana, las cuales, segrega-

das de su fuente unitaria, quedan irremediablemente dispersas: en el teorema normativo de la personalidad jurídica falta un punto, en torno al cual construir la compleja red de relaciones a que da lugar el proceso de formación de los fenómenos jurídicos".⁴⁷ O dicho de acuerdo a la concepción egológica: por exacta y acertada que sea la noción kelseniana de sujeto del derecho en tanto imputación central de normas, esta noción sólo es un concepto que representa jurídicamente una realidad; y esta realidad, en última instancia, es el hombre como tal, en su plena humanidad. El sujeto del derecho como concepto normativo alude siempre a la existencia de determinados elementos de hecho, entre los cuales no están sólo las acciones humanas sino también, en algún grado, la unidad psicológica de las mismas que pone su personalidad.⁴⁸ La existencia en cuanto dato es algo ajeno y extraño a los conceptos (recuérdese el paralogismo de la prueba ontológica); y la impecable noción kelseniana de sujeto del Derecho es únicamente un concepto categorial dentro de la teoría jurídica; de

47 ANGELO FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, págs. 54-55.

48 A este respecto es muy digno de tenerse en cuenta lo que dice Kelsen en *La Teoría pura del Derecho*, N° 25 b), al hablar de las personas de existencia ideal o personas jurídicas: "que el orden jurídico estatal singular obligue o faculte a una persona jurídica, significa que convierte en deber o en derecho la conducta de un hombre sin determinar el sujeto mismo... Hay una obligación y facultamiento mediatos de hombres individuales, es decir, por intermedio del orden jurídico parcial". (Este orden jurídico parcial, como es sabido, es la llamada persona jurídica).

modo que la Ciencia del Derecho, siendo ciencia de experiencia, no sólo no elude sino que reclama y añade la referencia a la existencia, referencia intuitiva y 110 conceptual, que sólo de la experiencia proviene y en ella se queda porque es existencial: la Ciencia del Derecho nada añade al concepto normativo de sujeto del derecho, dado por Kelsen, salvo la referencia a la existencia; pero esta referencia en nada afecta ni hace desmerecer aquel concepto como estructura lógica que la ciencia utiliza plenamente y que, como estructura, no tiene otras determinaciones que las que Kelsen ha señalado. Solamente confundiendo existencia y conocimiento, puede el empirismo reprochar a la Lógica jurídica su alejamiento de la vida, así como, a la inversa, puede el racionalismo enrostrar a la ciencia positiva su impureza temporal. Un concepto de las ciencias de experiencia dice, sin duda, que cierta realidad tiene tales determinaciones; pero el señalamiento de las determinaciones o notas en que consiste el concepto no es la realidad o existencia de las cosas señaladas o determinadas como reales. Así, por ejemplo, el concepto científico de sujeto del Derecho dirá *quienes* son sujetos de derecho en un ordenamiento positivo; y esto supone necesariamente saber *qué* es ser sujeto del Derecho (concepto puro o estructura lógica de aquel conocimiento científico, sin la cual dicho conocimiento no puede constituirse); pero el concepto científico alude también a la realidad o existencia del sujeto, aunque esta alusión no es una determinación conceptual sino dato inmediato de la experiencia. Ahora bien, este *plus* sobre la Lógica que considera la Ciencia, es ontológicamente la libertad metafísica fenomenalizada porque el modo de existencia que tiene el sujeto del Derecho es dicha libertad. Es

así que el *concepto* científico del sujeto del Derecho sea esencialmente el mismo para las personas de existencia visible y para las personas jurídicas, como Kelsen lo ha demostrado con absoluto rigor; lo que no excluye que *la existencia* de una persona jurídica sea pura y simplemente la existencia de los seres humanos que la integran, y que no pueda ser otra cosa.

Así nos resulta evidente en su contenido ontológico el postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, no habiendo la posibilidad de un tercer término en esta disyuntiva. Con esto ventos o mostramos una evidencia; y no tratamos de demostrarla, remitiéndola a elementos que la trascienden y que hubieran de servir ideológicamente como fundamentos. La facultad jurídica se justifica ontológicamente en esta evidencia, sea facultad de señorío, sea facultad de cumplir con el propio deber, porque el hecho de que la facultad en general resulte aquello o esto, deriva de las condiciones, admirablemente señaladas por GARCÍA MAYNEZ, bajo la cuales ha de desplegarse jurídicamente: Cuando el cumplimiento de un deber ajeno sea la circunstancia de aquel despliegue, la facultad jurídica aparece como facultad de señorío; y si, en cambio, es el cumplimiento de un deber propio, entonces aparece como la facultad de cumplir el propio deber. Así restauramos la íntima unidad del problema y contemplamos con la misma solución lo idéntico que, como permisión, hay en los actos ordenados, prohibidos y permitidos, sin confundir el derecho de libertad con la libertad como derecho en aquello que deben de diferenciarse, ni diferenciarlos en aquello que deben de confundirse. Por otra parte, cuando el propio GARCÍA MAYNEZ ha hecho ver que la libertad se refiere al ejercicio de los derechos

y no a los derechos directamente (p. 26) y cuando nos ha dicho que el ejercicio es un hecho (p. 29), es claro que razona sobre la ontología del Derecho en nuestro sentido. Por este conducto se remite subrepticamente a una realidad ontológica cuando habla de la libertad. Sólo que esta libertad que incide sobre el ejercicio de los derechos, no es sólo el derecho de libertad o facultad de señorío, sino la libertad considerada en su juridicidad, es decir la facultad jurídica en general.

A su vez, todo lo que nosotros acabados de decir, se compagina muy bien con el esquema delvecchiano que hemos utilizado en la fig. 1. Incorporando allí los resultados válidos de la investigación de GARCÍA MAYNEZ (fig. 3), tendríamos que la acción *CF* del sujeto *C*, está representada como facultad jurídica en general, en su tramo anterior a la interferencia de la otra acción (tramo *CD*); y está representada como deber jurídico en su segundo tramo (*DF*). Lo mismo la facultad jurídica en general del sujeto *C*; está representada en el primer tramo (*CD*) de la otra acción; y los deberes jurídicos del sujeto *C'*, están representados después de la facultad, en el segundo tramo (*DF'*).

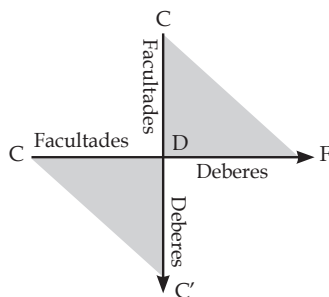


Figura 3

Así, cualquier determinación por estas coordenadas, en el espacio jurídico CDF' , es facultad de señorío para el sujeto C , porque su facultad jurídica en general se coordina con un deber del sujeto C' . Y en cambio cualquier determinación por dichas coordenadas, en el espacio jurídico DFC' es facultad de cumplimiento y nada más para el mismo sujeto C , porque su propio deber jurídico (DF) presupone necesariamente el primer tramo de la línea (CD), aunque este tramo no es coordenada para el espacio jurídico DFC' . A la inversa, todas estas ecuaciones funcionan de la misma manera, pero con los signos contrarios, tratándose del sujeto C : El diagrama, pues, traduciendo el sentido ontológico del postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, incorpora la verdad de que, en el Derecho, la libertad es lo primero como dato, aunque se trate de una libertad para cumplir el propio deber (tramo CD , precediendo al tramo DF respecto del sujeto C): también en este caso esa libertad es libertad jurídica, aunque entonces no quepa hablarse de un derecho de libertad para el sujeto C , desde que la determinación jurídica cae en el espacio DFC' . Los espacios en blanco CDC' y FDF' , delimitados por dos aspectos puramente subjetivos y por dos aspectos puramente objetivos respectivamente, no interesan en consecuencia a la diagramatización del Derecho. Por lo demás, huelga destacar el alcance puramente didáctico del esquema.

CAPÍTULO III

FINITUD LÓGICA Y SABER ACUMULATIVO

EN LA CIENCIA DEL DERECHO

Si bien, concluida, con lo precedente, nuestra investigación, nos parece conveniente agregar algunas brevísimas consideraciones sobre algo que no tiene un papel demostrativo para nuestro tema sino que, al revés, se proyecta desde él como una consecuencia fundamental.

Nos referimos a lo siguiente: si el ordenamiento jurídico es una plenitud hermética, designando el asunto con la expresión específica del Derecho, esto quiere decir, designándolo ahora con expresión gnoseológica de valor general que SEBASTIÁN SOLER ha puesto en circulación en la Argentina, que el Derecho positivo es una finitud lógica. Por esto no ha de entenderse que el Derecho positivo es un conjunto de datos empíricos que están a la vista conclusos e invariables, como aparentemente está una piedra delante de nosotros; con semejante finitud empírica, el pensamiento jurídico ingenuo deforma la visión del Derecho cuando arguye, por ejemplo, que es el mismo Código Civil el que nos rige desde hace 70 años. En contra de esto fácil es destacar el carácter de proceso o desarrollo que tiene el Derecho, invocando no sólo la indefinida sanción de nuevas leyes sino además -y es lo principal- el papel constante que

cumplen las sentencias como creación de determinaciones sobreañadidas a las leyes en el proceso de individualización jurídica que es, por eso, un tránsito hacia mayor cantidad de determinaciones jurídicas.

Con la expresión “finitud lógica” ha de entenderse que los límites posibles de la experiencia jurídica están fijados y que la estructura de los datos empíricos está definida como una totalidad que los armoniza y armonizará necesariamente, cualesquiera sean las variaciones de los datos mismos y cualquiera sea su enriquecimiento determinativo. La finitud lógica se refiere a la invariabilidad de lo posible y no a la variabilidad de lo real que se ubica dentro de aquello. Así como el Cosmos físico también es una finitud lógica, en el sentido de que la idea cósmica es una ordenación totalitaria, desde que en el sistema cósmico no se abre una brecha con cada nuevo fenómeno que se descubre (cambia sólo nuestra manera de concebirlo precisamente para mantener la ordenación totalitaria, lo que hacer ver que, en tal hipótesis, la brecha se abre en nuestra anterior concepción, pero no en el sistema cósmico mismo); así también el Derecho, por su plenitud hermética, es una finitud lógica.

Resulta, por otra parte, que una ciencia empírica no puede constituirse como ciencia sino siendo una finitud lógica. La demostración de este aserto para la Física (y en general para la ciencia de la Naturaleza) corre en las páginas inmortales de la *Crítica de la Razón pura*.⁴⁹ También lo atestigua en las

49 KANT, *Critique de la Raison pure*. Appendice à la dialectique transcendente, pág. 523: “Si echamos un vistazo

ciencias de la Cultura, la diferencia entre crónica e historia.⁵⁰

sobre el conjunto de los conocimientos de nuestro entendimiento, encontramos que la parte que propiamente tiene allí la razón, o lo que es lo mismo lo que ella tiende a constituir, es la *sistemática* del conocimiento, es decir su encadenamiento en virtud de un principio. Esta unidad racional supone siempre una idea: la de la forma de un todo de conocimiento, que precede al conocimiento determinado de las partes y que contiene las condiciones necesarias para determinar *a priori* a cada parte, su lugar y su relación con las otras”.

También alude a lo mismo HUSSERL, en sus *Investigaciones lógicas*. Prolegómenos a la Lógica pura, parágrafo 64, cuando establece la distinción entre fundamentos esenciales y extra-esenciales v que dan unidad a la ciencia, haciendo notar que la unidad de las ciencias de experiencia se funda en los segundos. Y en el mismo sentido acaso sea todavía más importante el conocido desarrollo que hace HUSSERL, en las *Ideas: General Introduction to pure Phenomenology*, parágrafos 8 y 9, de que cada ciencia empírica reposa sobre una ontología regional.

- 50 CROCE, *Teoria e Storia della Storiografia*, buscando la esencia del orden lógico que hay en la historia frente al orden cronológico que hay en la crónica, dice: “la historia es eminentemente un acto de pensamiento, la crónica un acto de voluntad” (pág. 10).

RICKERT, *Ciencia cultural y Ciencia natural*, después de haber destacado la oposición entre el método naturalista o generalizador y el método histórico o individualizador, dice: “Y lo individual mismo querrán los historiadores exponerlo científicamente, siempre, en todo caso, que el objeto que se investiga se presente como *un todo*” (pág. 57).

Sin embargo, al hacer desde este ángulo, el paralelo correspondiente con la Ciencia del Derecho positivo en tanto ciencia de experiencia cultural, la teoría egológica exige que se destaque sin atenuaciones, la profunda diferencia que distingue la finitud lógica en la Física y en el Derecho, en razón de las dos diversas clases de experiencia a que ella se refiere en una y otro. Mientras en la Física la materia del conocimiento físico es la misma porque la experiencia física está creada de una vez para siempre, de modo que la finitud lógica del conocimiento físico, tendida a lo largo del tiempo no se disocia de éste y nos habla de una única realidad física, sean cuales fueren las novedades fenoménicas que se adviertan y cualesquiera sean las nuevas verdades que se enuncien, en el Derecho, en cambio, ha de hablarse de múltiples realidades jurídicas, unas atrás de otras en la duración, porque la experiencia jurídica, siendo experiencia de libertad, es una realidad que se crea y recrea en el curso del tiempo, de modo que la finitud lógica del conocimiento jurídico opera en la sucesión temporal, como en múltiples universos independientes, dentro de cada actual realidad jurídica. Así, el contenido material del conocimiento en esta finitud lógica del Derecho, es la conducta intersubjetiva que cae bajo la representación conceptual de un mismo régimen de derecho, el cual, en cada instante actual, es un sistema finito o cerrado de posibilidades como es el sistema de la Naturaleza en relación a la eternidad.

ALOYS MÜLLER, *Introducción a la Filosofía*, pág. 41, La historia "no sería ciencia si dijese simplemente: ahora ha sucedido esto, ahora, esto".

De cualquier manera la importancia de la finitud lógica es la misma para cualquier ciencia de experiencia: ella posibilita el saber acumulativo; sin ella no pueden sumarse o adicionarse verdades que son simples verdades de hecho. En efecto, para que coexistan dos verdades, basta que entre ellas no haya contradicción; pero para que entre ellas haya un sentido acumulativo se requiere, además, que ambas sean partes de una misma totalidad. Y las verdades de hecho serían verdades dispersas e independientes, es decir verdades sin conexión sistemática, si no estuvieran estructuradas dentro de una finitud lógica de posibilidades porque, como bien se sabe, las verdades de hecho son contingentes.

Huelga, entonces, destacar la importancia de nuestro problema para hacer de la Ciencia del Derecho una ciencia rigurosa, puesto que el saber científico es un saber acumulativo. Sin duda que la historia de una ciencia se transparenta en la sucesión de las opiniones de los científicos. Pero la ciencia, que es un saber actual, no es esa multiplicidad de opiniones sino una selección entre ellas hecha en sentido acumulativo, donde, por consiguiente, algunas quedan desplazadas y radiadas, otras superadas, otras integradas, otras confirmadas, etc., todas tendiendo a una convicción única acumulativa del saber que se controla por la propia experiencia a la cual está dirigida, pero que se estructura por aquella finitud lógica que permite dicha acumulación.

Frente a esto es triste la situación en que se encuentra la Ciencia del Derecho. Parece que los juristas no aciertan a organizar firmemente su saber en forma acumulativa. El estilo corriente que tiene el

jurista para referir el pensamiento de los científicos a un problema jurídico, es el de un saber disperso: Fulano opina esto, Zutano esto otro, Mengano aquello otro y así sucesivamente, para luego concluir formulando y desarrollando su propia opinión que es, de este modo, una opinión, más. No importa que entre aquellas opiniones estén las más viejas y caducas; las que no fecundan su propio pensamiento y con las cuales no tiene contacto sistemático; las que a todas luces no sirven para hacerse cargo de la realidad jurídica que él considera y para resolverle las propias dificultades que él ve. Por el contrario, cuanto más nutrida es la revista histórica, el jurista parece quedar más satisfecho con lo que ha escrito, como si la Ciencia del Derecho, que es saber actual, fuera su historia y, más aún, con paradójal contrasentido, como si hubiera historia de la Ciencia del Derecho pero no Ciencia del Derecho, que sólo puede ser convicción acumulativa de saber.

Piste reemplazo del saber acumulativo por la historia erudita revela únicamente que también quienes han formado su mente en el estudio pueden perder el rumbo, mostrando al propio tiempo, con el sesgo peculiar que adquiere el extravío, donde están la espontaneidad y la sensibilidad propias del jurista: conocimiento histórico de ideologías jurídicas en vez de conocimiento normativo desde realidades estimativas.

No parece difícil explicar, en cierta medida, esta incapacidad para el saber acumulativo que acusa el pensamiento de los juristas, si se tiene en cuenta que, en el orden general de los conocimientos, la reacción filosófica contra el monopolio del conocimiento natu-

ralista ha sido el sentido del conocimiento histórico. Los juristas siguieron el ritmo de esta reacción -loable en tanto reacción contra el positivismo-; pero no se justifica su adhesión al conocimiento histórico, también inadecuado, en lugar del conocimiento normativo. Aquí les faltó una previa labor de autocrítica elaborada con autonomía y profundidad. Esta es la deuda que la ciencia del derecho tiene con Kelsen, quien, al descubrir la Lógica jurídica, nos hace saber en qué consiste el conocimiento normativo, dando el instrumento lógico-conceptual previo y necesario para poder ensayar un saber acumulativo de tipo jurídico.

Pero esto no basta. Para que el saber jurídico sea acumulativo y no disperso; es decir para que el jurista utilice, al pensar, sólo aquellas teorías que fecundan su propio pensamiento y con las cuales está en contacto sistemático, aquellas teorías que le ayudan positivamente a considerar la realidad jurídica que él trata de concebir y no otra, ha de abandonar la revista meramente erudita de opiniones ajenas que presenta en un pie de igualdad (con la igualdad de los huesos en el osario) y ha de proceder firmemente a su elección actualizada. Pero para esto se necesita ejercitar la crítica pura; es decir no la crítica que comienza y concluye con el cotejo de dos resultados periféricos, sino la crítica que penetra hasta los fundamentos últimos de la concepción jurídica general que tiene o presupone un autor, concepción general que se admite o se rechaza precisamente en razón de tales fundamentos.⁵¹ Y estos fundamentos, por cierto,

51 Un ejemplo ilustrativo del grado inverosímil cómo el jurista, tabicado en su especialidad, se desconecta de sus

no se pueden eludir ni disimular; así como tampoco caben las medias tintas sobre ellos porque los fundamentos son comunes o diversos para dos autores, en

propios presupuestos, lo tenemos en el Derecho procesal con la adhesión prácticamente unánime de la doctrina a la concepción de la libre convicción judicial para el régimen probatorio. No parece que los procesalistas hayan advertido la conexión entre esta concepción y la Escuela del Derecho libre, de la que no hacen la pertinente mención y defensa al tratar aquel punto.

Es un mérito de EDUARDO J. COUTURE, que marcará una época en la historia de las ideas procesales, haber señalado *la sana critica* como una posición diversa de la libre convicción y de la prueba legal, en su trabajo *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*. Sobre esto, nosotros, en la *La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho*, cap. 1, hemos reclamado por una teoría científica general de la prueba como una necesidad en que hoy se encuentra el Derecho procesal; concepción generalizada a la que COUTURE no ha tardado en llegar (ver E. J. COUTURE, *El Proyecto de Código de procedimiento civil y comercial para la provincia de Córdoba, redactado por los profesores HENOC D. AGUIAR y ANGEL H. CABRAL*, Segunda parte, II, El juez, parágrafo B).

Indudablemente una consideración jurídica de las diferencias ontológicas de los objetos imputados por la ley, arroja plena luz sobre la mucha o ninguna libertad que puede tener el juez frente a un medio de prueba, porque, según los casos, su propia apreciación íntegra a veces el hecho probado y otras no. Este enfoque, general para el Derecho, tal como con anterioridad a esta particular derivación, lo hicimos en *El Substrato filosófico de los Métodos interpretativos*, cap. IV, es decisivo para una adecuada nueva concepción general de la prueba con jerarquía científica.

forma excluyente cuando se trata de los últimos fundamentos.⁵² Por todo esto, es decir, porque la finitud lógica del Derecho se refiere a cada instante actual, al propio tiempo que porque el conocimiento jurídico necesita remontarse o retroceder constantemente hasta sus fundamentos, se comprende otra característica del saber jurídico: éste tiene que ser un saber polémico para poder ser un saber acumulativo.

52 Las posiciones fundamentales son filosóficamente tan pocas, que con ello aumenta progresivamente, en este terreno, la posibilidad de acuerdos entre los juristas; y si no de un acuerdo unánime, como es prácticamente la situación de los físicos, por lo menos de vastos acuerdos dentro de dos o tres grupos bien definidos, lo que ya sería un inmenso progreso en la perspectiva de un saber jurídico acumulativo, frente al caos y a la atómica dispersión actuales.

Por otra parte, el hecho señalado del reducido número de posiciones fundamentales y la incorporación de la teoría de los objetos al estudio de la fundamentación del Derecho, que se está realizando en nuestros días, hace abrigar serias esperanzas de una saludable crisis en pro de una teoría jurídica única, siendo tan contundente la consideración objetal y tan estrecho el marco donde esta consideración habría de ponerse a prueba. Con independencia del éxito que se logre, sería un acontecimiento de superlativas consecuencias en la vida de las ideas jurídicas contemporáneas, si se despertara en todos los juristas la apetencia de una teoría jurídica general única, removiendo el actual estado de espíritu, de marcado tono escéptico y agnóstico, en cuya virtud cada jurista descuenta como legítimo que su punto de vista pueda ser científicamente diferente del de los demás.

Comparemos el asunto con la Física, donde el saber actual de un científico no es la mera agregación de las opiniones de los científicos que le precedieron en la historia de la Física. Por el contrario, aquel saber actual implica una selección de las opiniones pretéritas, de las cuales algunas son desechadas y excluidas en el olvido y otras, al revés, sumadas y aglutinadas en beneficio mutuo, con valor de presente en la conciencia actual y potenciándose con cada nueva exclusión o con cada nuevo aditamento, en la medida en que esto o aquéllo es acumulación fundamentada de conciencia racional. Ahora bien, el físico deja en la historia de su ciencia las opiniones excluidas y trabaja sólo con aquellas opiniones presentes en la actualidad de su conciencia; sólo con éstas aborda y concibe sus problemas.

No es otra cosa lo que acá se le pide al jurista en nombre del imperativo científico del saber acumulativo. Se le pide que trabaje sistemáticamente con aquellas ideas que tienen actualidad en su conciencia (cualquiera sea su orientación personal). De hecho, esta dirección del esfuerzo científico es irrenunciable y se puede pretender que todo jurista opera en semejante actitud. Pero ocurre que el jurista disuelve esta actitud en la del saber disperso, creando la ilusión de una solidaridad intelectual, más o menos remota, con todos los otros investigadores que acoge como referencia erudita de historia de las ideas jurídicas. Sin embargo, lo importante es, precisamente al revés, destacar que no existe semejante íntima solidaridad de ideas, porque la circunstancia de que todos tengan un objeto común de estudio -el Derecho positivo-, no quiere decir que sean comunes las ideas que

tengan sobre el mismo. No bien el jurista abandonara el pensamiento histórico, despojándose de toda referencia erudita y trabajando sólo con las ideas que tienen actualidad en su conciencia, se desvanecería aquella ilusión y los contrastes quedarían al desnudo en la ciencia dogmática sobre la base del conocimiento normativo.

Por otra parte, cuando pedimos que el jurista trabaje con las ideas que tienen actualidad en su conciencia, cualquiera sea su orientación, nos referimos a aquellas ideas que puedan resolverle *sus propios problemas*, porque únicamente tales ideas pueden tener la calidad de actuales. Pero entonces, claro está, se haría patente el caos que reina en el pensamiento jurídico, siendo exacto, como hemos dicho, que cada jurista trabaja por su cuenta en la soledad y aislamiento intelectuales. Sin embargo, es necesario desnudar previamente esta situación caótica del pensamiento, si ha de llegarse a un modo de trabajar en colaboración intelectual. Precisamente el hecho del caos mental reclamaría su superación ante la evidencia de que el saber científico es un saber acumulativo; y la referencia al pensamiento ajeno no sería ya la referencia erudita, sino la referencia polémica, lo que quiere decir también, como fácilmente se comprende, referencia al pensamiento actual; es decir, referencia siempre a juristas de la actualidad que pretendieran resolver nuestros problemas de otra manera. Y la referencia a juristas del pasado sólo tendría cabida en tanto en cuanto, por sus fundamentos, algún jurista actual considerara vivas sus ideas y con ellas pretendiera resolver nuestros problemas.

El saber polémico es la modalidad del saber acumulativo en el dominio del Derecho. La polémica, por ineludible necesidad dialéctica, descendería al estrato de los fundamentos del pensamiento jurídico; y su inmediata consecuencia sería que los trabajos de los especialistas se irían agrupando en una cantidad cada vez menor de sistemas jurídicos fundamentales, con la tendencia ideal de llegar a un único sistema para el pensamiento jurídico. En aquel resultado ya estaría dado como realidad el saber jurídico acumulativo, aunque de hecho la acumulación se hiciera en torno a dos o tres grandes concepciones. Porque con eso el jurista aprendería tres cosas: 1º) Que no se puede hacer ciencia positiva del Derecho, sino sobre la base de una concepción general del Derecho; al margen de este supuesto, sólo la glosa tiene solidez en su propia incipiente. 2º) Que aún trabajando en especialidades distintas, todos los que trabajen dentro de una misma concepción general se apoyan y fortalecen mutuamente, con provecho para la ciencia que se hace históricamente tanto más objetiva cuanto más es, en los juristas, la expresión de una misma conciencia teórica del Derecho. 3º) Que la acumulación del saber en el tránsito ininterrumpido desde las cuestiones especiales a la concepción general del Derecho (acumulación vertical), reclama la división del trabajo sin mengua de la originalidad en la especialidad. Es decir que, si el trabajo del especialista sólo tiene sentido acumulativo dentro de una concepción general, el especialista colabora con el teórico general y suma a su saber el de éste; con lo cual la más simple reflexión sobre lo que es la división del trabajo intelectual, podría sugerirle una continencia y un respeto que hoy todavía están

fuera de sus hábitos mentales, ya que la limitación de sus fuerzas no lo exime de recurrir a una teoría general del Derecho ni lo autoriza para abordarla con ligereza por sí mismo. También vale lo inverso para el teórico general, que no puede desentenderse de las obras de los especialistas. Sin duda el jurista genial que trabajara con igual hondura en la teoría general y en su especialidad (¿para qué decir en todas las especialidades, aludiendo a la acumulación horizontal del saber?), podría darse el lujo de distender, en gran medida, esta colaboración en el trabajo intelectual que plantea el saber acumulativo cuando concierne a los fundamentos del saber especializado (acumulación vertical). Pero de hecho la situación es otra y nada parece más tuerca de lugar que la suficiencia con que los especialistas tratan de zafarse de toda teoría general del Derecho, ya tapándose los ojos como el avestruz, ya elaborando con frivolidad su propia teoría general como si antes nadie se hubiera dedicado a esta tarea. Basta pensar, para lo primero, en cuántos juristas de nuestra época excluyen de su pensamiento el pensamiento de Kelsen sin haberlo meditado y, a veces, sin conocerlo; y para lo segundo, en el infantilismo jusfilosófico de CARNELUTTI,⁵³ mag-

53 FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodología del Diritto*, págs. 16-17: "Estas reglas del devenir y, en particular, del obrar, son reglas de la naturaleza". "La división entre la ciencia del Derecho civil y la ciencia del Derecho penal no es más arbitraria que aquella entre la ciencia del Derecho y las otras ramas de la ciencia sociológica, o entre la sociología y la psicología, o entre ésta y la biología, y así sucesivamente" (pág. 32). "El estudio del derecho tiene

na tentativa de la soberbia para descubrir otra vez el paraguas.

Es así que el pensamiento jurídico está en una época en que se ha hecho patente que no se puede trabajar con jerarquía en una especialidad, sin partir a conciencia de una teoría general del Derecho, porque el saber únicamente puede acumularse dentro de los mismos supuestos o fundamentos. El saber científico no aumenta porque se invoque una idea más, ni existe entre dos ideas no acumulables; se re-

por objeto descubrir, precisamente, las leves, metaempíricas dirían los filósofos, de su devenir y entre éstas las últimas, las más altas, son aquellas reglas de la justicia de las cuales el legislador es Dios" (pág. 62). "Quienes miran la meta, cuando hacen de la ciencia el objeto de su búsqueda, concluyen por ver que proceden hacia el cielo. Cada ley descubierta es un paso sobre este camino. Cada confirmación del orden de lo creado aproxima la criatura al Creador. Y el coro de las voces de los peregrinos caminantes, a lo largo del camino sinfín, canta, en una sinfonía prodigiosa, la gloria de Dios" (pág. 113).

En el mismo tono escribe CARNELUTTI su posterior y extensa *Teoría general del Derecho*. De esta obra, pág. 1: "A la energía puesta al servicio del trabajo intelectual se da el nombre de *pensamiento*". Pág. 5: "*Moviendo la mirada* se obtiene un aspecto de la realidad, al que se denomina *espacio*. *Fijando la mirada* se obtiene otro aspecto, al que se ha llamado *tiempo*". Págs. 10-9: "Hay, por tanto, objetos sensibles y objetos ultrasensibles. El ejemplo más claro nos lo ha suministrado la física y, en particular, la astronomía; el astrónomo sabe que existe una estrella *incluso donde no la ve*; o mejor, *antes de verla*, porque tarde o temprano el telescopio, para contemplarla, se habrá inventado".

quiere para él esta tarea de acumulación, sea como adición o decantamiento intrasistemático de las ideas (acumulación horizontal) sea como revisión de sus fundamentos diferentes (acumulación vertical), en busca de un único fundamento más general que a ambos los abarque como especies o que a ambos los desaloje por falsos, permitiendo en uno u otro caso, la acumulación de aquéllas en el saber.

Aclarado esto, todavía hemos de aludir a una tercera cosa para terminar de perfilar este problema del saber jurídico acumulativo, en lo que sobre él proyecta el tema de este trabajo.

Hemos visto que son las verdades de experiencia las que requieren una finitud lógica para poderse acumular.⁵⁴ Ahora bien, siendo la ciencia del Derecho

54 Las verdades matemáticas, en efecto, se adicionan o acumulan no por el objeto común sino en base al método demostrativo idéntico. De la estructura del conocimiento matemático podemos decir que es una infinitud lógica. KANT, *Critique de la Raison pure*. Disciplina de la razón pura en el uso dogmático, pág. 588: "El conocimiento filosófico considera, pues, únicamente lo partícula en lo general, y el conocimiento matemático lo general en lo particular y aún en lo singular". "La forma del conocimiento matemático es la causa que hace que este conocimiento pueda relacionarse únicamente con las magnitudes, pues únicamente el concepto de magnitud se deja construir o representar *a priori* en la intuición; las cualidades, por el contrario, no se dejan representar sino en la intuición empírica" (pág. 569).

También Husserl, *Investigaciones lógicas*, Prolegómenos a la Lógica pura, cap. XI, remite la unidad de la ciencia matemática a lo que él llama principios esenciales de uni-

positivo una ciencia de experiencia cultural específica (y no ciencia sobre objetos ideales de ninguna especie, como cree el racionalismo jurídico dominante con su concepción de las normas como entes ideales sustantivos), ha de aclararse a ciencia cierta cuál es la realidad, espiritual y fenoménica a un tiempo, que ofrece las verdades empíricas que han de ser objeto de acumulación en el saber. O dicho en otros términos: sobre qué existe la acumulación en el Derecho, o cuál es el contenido para su saber acumulativo.

Hoy la respuesta es firme y precisa. Este contenido empírico está constituido por las valoraciones jurídicas positivas en la doble instancia de las vivencias estimativas contenidas en las normas individuales y de la estratificación imputativa de los contenidos dogmáticos de las normas generales. Pero con esto aparece para la teoría jurídica una dificultad formidable, pues si toda valoración es una experiencia de libertad y, con ello, como más arriba dijimos, si la finitud lógica del Derecho opera dentro de cada actual realidad jurídica, resulta arduo conciliar esta libertad y esta actualidad con la acumulación del saber; acumulación amenazada con lo nuevo de la libertad y realizada siempre sobre lo pretérito.

Sin embargo la dificultad no está en estas aporías. En efecto, la Lógica del deber ser, por un lado,

ficación, que es su unidad de explicación. Ver también sobre esto FRANCISCO LARROYO, *La Lógica de la Ciencia*, pág. 255 y FRANCISCO LARROYO, *Bases para una Teoría dinámica de las Ciencias*, págs. 40 a 52.

Ver HUSSERL, *Ideas*, parágrafos 74 y 75.

conceptúa la libertad con normas,⁵⁵ de modo que este tratamiento conceptual de la libertad hace desaparecer el obstáculo que ésta podría oponer a la ciencia. Y por otro lado, si bien la acumulación del saber se produce temporalmente, nada impide que ese saber acumulativo, por su sentido, se refiera al instante actual.

La verdadera dificultad está en esto otro, que afecta sólo al último aspecto: si la acumulación de ese saber se produce temporalmente, ¿qué puede valer su sentido de actualidad si no es también temporal (pretérita y futura) la realidad que permite esa acumulación? Pues se trata de un saber acumulativo empírico y si la realidad conocida no perdura, es claro que lógicamente se puede acumular saber, pero la acumulación ya no sería empírica, es decir no se fundaría en hechos sino en meras operaciones intelectuales.

En este punto crítico está atascada la Ciencia del Derecho, porque las escuelas dominantes no han sabido acercarse suficientemente a la experiencia, no obstante tratarse de una ciencia empírica. En efecto, para superar la dificultad, sólo cabe inquirir en la experiencia jurídica si hay fenómenos idénticos en la sucesión temporal, los cuales, a pesar de ser total o parcialmente idénticos, no significan la negación de

55 CARLOS COSSIO, *La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho*, pág. 54: "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". Ver también CARLOS COSSIO, *Ciencia e Interpretación*, cap. II (en prensa) y CARLOS COSSIO, *Teoría de la Conducta* (en preparación).

la libertad metafísica porque la libertad puede crear también identidades. Hay que averiguar, pues, sobre la existencia de identidades creadas y recreadas como datos jurídicos (no de identidades dadas, como en Física).

Sea cual fuere el resultado de estas investigaciones en la esfera de los negocios jurídicos y en la de las resoluciones administrativas (en rigor, zonas de la experiencia jurídica poco investigadas desde este ángulo,⁵⁶ es lo cierto que el derecho judicial ofrece aquel dato con el fenómeno de la jurisprudencia. Por jurisprudencia entendemos el hecho, actual o potencial, de sentencias de contenido concordante, cualquiera sea su jerarquía; juzgamos un error, de origen metodológico, creer que la jurisprudencia consiste en la creación de normas generales.⁵⁷

Así, es en la jurisprudencia en tanto fenómeno estimativo donde el jurista ha de buscar el material para el saber acumulativo. Por razones obvias no podemos desarrollar acá este tema, ni exponer sus limitaciones ni sus conexiones con las valoraciones

56 En este sentido el estudio, por todo concepto extraordinario, de JUAN FRANCISCO LINARES, *El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional*, constituye la iniciación de un nuevo camino para los administrativistas, donde seducen tanto la fuerza constructiva del pensamiento cuanto la novedad de enfoque con que se aborda el Derecho administrativo.

57 Ver CARLOS COSSIO, *La Sentencia criminal y la Teoría jurídica*; CARLOS COSSIO, *La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho*; y, agotando el tema, CARLOS COSSIO, *Ciencia e Interpretación* (en prensa).

del legislador y el constituyente, ni aludir al fenómeno en las otras zonas de normas individuales. Sólo agregaremos, en mínima referencia, que es el ideologismo el vicio metodológico que traba, en este punto, la formación de un saber acumulativo entre los juristas cuando se combaten los juicios axiológicos de la jurisprudencia oponiéndole estimativas no positivas (las que, para peor, frecuentemente sólo son opiniones subjetivas e individuales).⁵⁸

Naturalmente que nosotros no caemos en el sociologismo. No queremos decir que basta la aparición de ciertos hechos para que se vea allí una norma, reduciendo así las normas a los hechos. Por el contrario, afirmamos que cuando a raíz de un hecho se habla de una nueva norma, esta consagración implica siempre una creación de la voluntad; creación de un órgano normativamente autorizado que ningún hecho puede disimular. En este punto urge a la teoría deslindar entre ideología y verdad estimativa. Lo primero interesa negativamente a la Ciencia jurídica como un error; lo segundo es la fuente de su saber acumulativo. Sólo desde lo segundo puede discutirse con el sentido científico de una ciencia de experiencia, los juicios de valor que consagra la jurisprudencia. Y para dar acá alguna luz sobre la diferencia entre ideología y verdad estimativa, nada parece más adecuado que recordar, con MANNHEIM,⁵⁹ el

58 Para todo esto ver CARLOS COSSIO, *Ciencia e Interpretación* (en prensa).

59 KARL MANNHEIM, *Ideología y Utopía*, pág. 84: "La historia del *tabú* contra los préstamos sin interés cons-

siguiente ejemplo: no existiendo aún la sociedad capitalista, durante la Edad Media, el buen prestamista era quien prestaba sin interés. Este juicio de valor fue un ideal real o efectivo; y sobre este ideal se comprende el sentido de la valoración del dinero y del interés contenía en la norma canónica que prohibió los préstamos a interés; norma que representaba la conducta de las gentes en su deber ser y sentido que era real en esa conducta aunque violaran las normas, porque ese sentido real o efectivo, como sentido sólo era el sentido de un deber ser. Y bien, cuando advino

tituye un ejemplo de una anticuada norma ética que se convierte en ideología. La regla según la cual el préstamo debía efectuarse sin cobro de intereses, sólo podía aplicarse en una sociedad basada económica y socialmente en relaciones íntimas y de vecindad. En semejante sociedad, el préstamo sin interés era una costumbre fácil de observarse, porque esa forma de conducta correspondía fundamentalmente a la estructura social. Nacido en un mundo de relaciones íntimas y vecinales, la Iglesia asimiló y formalizó ese precepto en su sistema ético. A medida que cambiaba la verdadera estructura de la sociedad, dicho precepto asumía cada vez más un carácter ideológico que, virtualmente, se convirtió en algo impracticable. Su arbitrariedad y su inaplicabilidad se revelaron con mayor evidencia aún en el período del naciente capitalismo cuando, habiendo cambiado su función este precepto, la Iglesia pudo esgrimirlo como un arma contra la fuerza incipiente del capitalismo. En el período de completo desarrollo del capitalismo, la naturaleza ideológica de esa norma, que se manifestaba por el hecho de que era posible burlarla, pero no sujetarse a ella, se volvió tan patente que aún la Iglesia tuvo que abandonarla”.

la sociedad capitalista y, con ello, el dinero adquirió otras funciones sociales, la verdad estimativa que afirmaba *la existencia efectiva de aquel ideal*, en tanto verdad de hecho, dejó de ser verdad; y sólo como ideología podía oponerse aquel ideal a los préstamos con interés; oposición sin ninguna eficacia, por otra parte, porque el sentido de la nueva conducta de las gentes era otro en su valor.

Pero este tema de la verdad estimativa en el Derecho, que estamos rozando desde hace varios párrafos, no puede ser estudiado en este lugar; a él está dedicado nuestro libro *Ciencia e Interpretación*.

LAS LAGUNAS DEL DERECHO,
de CARLOS COSSIO
se imprimió en la República Argentina en
abril de 2018.

