

MEDITACION SOBRE LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Daniel E. Herrendorf.

I.- ACTUALIDAD DE LOS PROBLEMAS BAJO ANALISIS.

La ciencia jurídica actualmente ha demostrado una versatilidad sorprendente en sus líneas de pensamiento. Se han multiplicado los teóricos, y cada vez hay más maneras distintas de hablar de la misma cosa.

Esta multiplicación del lenguaje jurídico ha creado y recreado escuelas y subescuelas del pensamiento actual. Así, las escuelas deóntica, analítica, semántica, realista, histórica y muchas otras se debaten, en una disputa ya típica en las ciencias modernas, el campo de una preeminencia más fantaseada que real.

Pero todas ellas, sin distinción, han puesto el acento de modo exclusivo en problemas de lógica jurídica, a tal punto que algunas —en especial la analítica y la deóntica— han inventado jergas simbólicas para expresar, en lenguaje matemático, lo mismo que está expresado en el lenguaje usual de los juristas, reduciendo todas las discusiones actuales a un problema de palabras o de símbolos matemáticos.

Por eso, han quedado pendientes muchos asuntos que todavía hoy buscan una solución adecuada.

Algo que ya ha sido señalado en otras oportunidades es el hecho notorio de que todas las corrientes del pensamiento jurídico actual se sustentan, sin discusión, en las ideas obtenidas por destilación o adaptación de la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Con más o con menos, todos admiten la verdad científica de la teoría de quien fundara, en estricta lógica, la ciencia jurídica de nuestro tiempo.

La única crítica que ha ahondado muy seriamente en problemas más contundentes ha sido, a nuestro juicio, la efectuada por la Teoría egológica del Derecho y por su fundador, el profesor Carlos Cossío.

En este ensayo intentaremos exponer el estado actual de la Teoría pura de Kelsen desde un punto de vista crítico a fin de aclarar aspectos que deben ser aclarados. Pero debemos dejar en firme desde el comienzo que admitimos con toda generosidad las ideas kelsenianas, siempre que se las vean autenticadas debidamente, allí donde estuvieren faltas de empuje, por la Teoría egológica del Derecho.

Carlos Cossío mantuvo con Kelsen una célebre polémica en Buenos Aires, de la cual todavía no ha habido un balance definitivo. De esa polémica, oral y escrita, y cuyo punto culminante fue el encuentro personal y encendido de 1949, han quedado muchas cosas por decir, especialmente porque las críticas que en ese momento escuchó Kelsen modificaron en mucho su pensamiento, como lo demostró su totalmente reelaborada Teoría pura, reeditada con múltiples modificaciones de fondo en 1960.

Ahora bien; si las ideas egológicas han autenticado las ideas de Kelsen, convirtiéndolas en el punto de partida de cualquier indagación científica actual referida al Derecho, es indispensable explicar de manera sinóptica cuáles son las principales ideas que Cossío sostuvo en su teoría y que discutió con Kelsen personalmente, y por escrito desde 1936 hasta 1963.

De todas maneras, si bien Kelsen intuyó a través de su peculiar lógica jurídica un problema parecido al modo singular en que piensan los juristas, ni él ni sus célebres discípulos se han hecho cargo de un problema sustancial de la filosofía jurídica, que late continuamente como un corazón oculto en la Teoría pura, y que subyace como un tesoro escondido de las innovadas ideas neokelsenianas, pero que no emerge a la luz del día con claridad: se trata del problema de la razón práctica, en la medida en que esta peculiar forma de razón es la que ejercita el jurista cada vez que toma en sus manos un problema jurídico.

El modo de pensar del jurista es un tema capital para la filosofía del Derecho como para la ciencia jurídica, pues compromete el modo en que desenvuelven sus capacidades intelectivas los jueces cuando juzgan, los juristas cuando peticionan, los abogados cuando litigan. Y siendo un modo de pensar que claramente puede definirse como razón práctica, queda pendiente una indagación relativa a esta forma inusual de razón.

II.- LA TEORIA EGOLOGICA DEL DERECHO.

La teoría de Cossío ha podido llegar más lejos que Kelsen pero sin abandonarlo nunca, a tal punto que Cossío proclamó al maestro vienés, en reiteradas oportunidades, como "el jurista de la época contemporánea". Cossío parte de Kelsen, empieza con él; sólo gracias a la Teoría pura la ciencia del Derecho fue posible como ciencia a partir del segundo tercio del siglo XX. Esto significó que Cossío intentara abordar la Teoría pura, mejorándola en muchos aspectos y autenticándola en otros.

La Teoría egológica analiza y disuelve las ideas de que el Derecho sea equivalente a las normas, o que ellas establezcan qué cosa es el Derecho; qué sea la voluntad del legislador; o la voluntad de Dios; o un conjunto bien ordenado de precedentes judiciales; o la voluntad del poder; o un fenómeno de intereses. Todas estas definiciones acerca del Derecho no han podido mostrar su sustrato filosófico adecuadamente, y

han resultado meros construccionismos mentales, elaborados a su antojo por distintos teóricos, con gran inteligencia pero a su pleno arbitrio.

La experiencia jurídica —que está en la vida que se vive todos los días— desmiente aquellas definiciones clásicas de Derecho, pues el derecho se resiste a ser definido con ligereza, de cualquier manera —“El ente se niega a ser mal administrado”⁽¹⁾, o, en la traducción de Ross, “El mundo reniega de ser mal gobernado”—.

La experiencia jurídica es una experiencia de realidades en la que sólo una cosa es perceptible de verdad: la conducta de la gente. Cometer un asesinato, pagar puntualmente un impuesto, comprar una corbata, casarse, son ni más ni menos que conductas desplegadas por seres humanos que han decidido comportarse de alguna manera (matando, pagando, comprando, casándose).

En estas conductas está el Derecho expresándose en toda su plenitud existencial; y en las conductas humanas está el Derecho porque esas conductas son el Derecho; si el Derecho no estuviera allí, no estaría en ninguna parte seriamente hablando; si no fuera eso, ontológicamente no podría ser ninguna otra cosa.

Pero para asesinar, hay que asesinar a alguien; para pagar un impuesto, hay que pagárselo a alguien debidamente autorizado a cobrarlo; para comprar una corbata, hay que tratar con su vendedor; para casarse ha de haber dos contrayentes, además de un juez que celebre la boda más los testigos del caso; en suma, para que la conducta trace el círculo de la juridicidad debe haber, al menos, la conducta compartida de dos o más personas.

En la interferencia de conductas es —ahora con más rigor— donde el Derecho radica; por eso puede definirse al Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva, es decir, interferida con otros u otros sujetos.

Las personas son personas porque en ellas radica la personalidad; no es cierta la afirmación de Kelsen relativa a que en los seres humanos hay una mera personificación. Esa personificación que otorgan las leyes a las personas es una mera reiteración; pues si decimos que un gato está en la órbita animal de los felinos, lo decimos porque él mismo, siendo gato, es también un felino. Y los hombres, siendo hombres, son también personas con prescindencia de que las normas vengan en su auxilio a recordárselo.

(1) Aristóteles, “*Metaphysica*”, 1076a, Bock A, 10; en la traducción de Alf Ross: “but the world refuses to be governed badly”.

Así como los hombres son ontológica —e ineludiblemente— personas, no pueden ser personas otros entes, como sostiene la teoría de la personalidad jurídica, llegando a decir, con Ferrara y Ross, que resulta suficiente nombrar un administrador de un elefante o de un número cualquiera, para que aquel elefante y este número sean personas. (Al respecto se podrá ver el desarrollo total del falso problema de la personalidad jurídica, que tanto preocupó a Kelsen, Ferrara y Ross, en nuestro libro, actualmente en prensa “La situación actual de la Teoría general del Derecho”; México, Cárdenas Velazco Editores).

Estas expresiones de insignes juristas son desatentas con la ontología de la personalidad, que muestra con evidencia insoslayable otra cosa.

Confirman nuestra tesis de la personalidad el hecho de que un infante, incluso un bebé, y hasta un feto, son titulares de derechos; y no solamente de derechos humanos básicos (derecho a la vida o a la libertad, por ejemplo), sino de derechos más específicos para la teoría general, como los que devienen de su destino: un bebé puede ser heredero a una fortuna, y, en la emergencia, puede ser su titular si mueren sus padres, en cuyo caso un curador judicial administrara por él; pero este auxilio judicial no le arrebata a ese bebé la titularidad de la heredad: antes bien, la confirma porque la mantiene hasta que pueda ser ejercida plenamente por él, tal como lo demuestra la historia de las sucesiones imperiales y monárquicas, en la que el heredero al trono que no ha asumido sus plenas funciones por minoridad, recibe todos los honores y atributos correspondientes a su porvenir.

Esto nos lleva casi de la mano a explicar por qué una situación jurídica que no es perceptible en el presente con toda claridad, si es perceptible como futuridad.

Pensemos en un niño de tres años que há heredado una fortuna que administra su curador hasta que él adquiera plena capacidad. El presente de ese niño es, además del presente que fuere y que él tuviere como lo tiene todo niño, una anticipación de porvenir. Como siempre hay futuro, y siempre vivimos lanzados hacia el futuro, ese futuro está de alguna manera anticipado y proyectado desde el presente.

El presente no es simplemente el escaso y reducido instante del ahora. Si eso fuera, cabría pensar que el presente es sólo un punto en el curso lineal del tiempo existencial, limitado y hasta acorralado por el inmediato pasado y el inmediato futuro. Pero en la medida en que podemos medir el tiempo en segundos, décimas, milésimas y millonésimas, el presente se vería cada vez más reducido a ser simplemente un volátil, fugaz y repentino instante, amenazado de extinción por ambos lados: el instante anterior y el instante posterior. Esto haría del presente un tiempo sin tiempo para desplegarse, lo cual es una simple paradoja.

Claro que eso es así solamente en el mundo inmaterial de los cronógrafos; pero en el despliegue de la vida biográfica, el presente es un tiempo integrado por temporalidades sucesivas que comprometen el pasado y el porvenir. Por eso no hay viven-

cia del tiempo cosmológico y Bergson pudo hablar entonces de una vivencia exclusiva del tiempo espiritual, y Husserl de una vivencia del tiempo inmanente⁽²⁾.

Supongamos a un estudiante de Derecho que debe presentarse ante un examen; el presente de su conducta “rendir-un-examen” está compuesto por el momento en que él es interrogado por su profesor; pero ese presente no ha comenzado allí; seguramente comenzó mucho antes, cuando entró a la facultad y su conducta toda entera se desplegaba en el sentido del examen; incluso debió haber comenzado antes, cuando preparándose para ese examen ya lo estaba viviendo con anticipación; y finalizado el examen sigue viviendo ese presente bajo la forma de su alegría o su descontento conforme haya sido su suerte. Pero este estudiante está también involucrado en un presente más amplio, pues dar ese examen conforma un proyecto mayor relativo a concluir una carrera; y todo lo que él haga en ese trance —estudiar, asistir a cursos, seminarios y clases, proyectar su tesis y todo lo demás— está incardinado en una temporalidad sucesiva de actos todos ellos alistados tras el mismo proyecto de ser abogado, que se vive con anticipación desde el primer día universitario.

Por eso cabe decir que la estructura del tiempo de la vida biográfica es una temporalidad que se vive en la conciencia de distinta manera a como se observa en el curso del reloj o en el caer de las hojas del calendario.

Esta estructura temporal de la conciencia hace que los hombres vivan con anticipación sus proyectos, y por eso la conducta que despliegan no es puro instinto mamífero ni un desenfrenado hacer sin objeto; la conducta humana está proyectada

(2) “Si la vivencia originaria del tiempo inmanente se extraviera hacia el mundo, no es de extrañar que acuse dos modos de extraversion bien diferentes, contándose con dos diversos conductos para tal cosa, cuales son los sentidos de la vista y el oído. No puede engañarnos que la primera extraversion del tiempo inmanente, presente a la par ambos modos de extravertirse; pronto se advertirá que la extraversion luminica ultrapasa por mucho el radio de su primera extraversion, en cuanto que, ligada al espacio se despliega como Geometria; pero no así la extraversion acústica, ligada al lenguaje. De esto resulta que el tiempo cosmológico es fundamentalmente luminico, como lo ha venido a aseverar la teoría de la relatividad con la constancia de la velocidad de la luz, aludiendo a su extraversion más remota; y no es una casualidad que Heidegger, sin conciencia de la diferencia que estamos señalando, pero preocupado por el hecho de la Naturaleza, haya rastreado el proceso de extraversion de la temporalidad a partir de fenómenos luminosos primarios, como la sucesión de las noches y los días y otros semejantes. En cambio, el tiempo societario es fundamentalmente acústico, como lo comprueba su captación por el lenguaje que es el producto social más extravertido e impersonal, más monovalente y anónimo, a la par atmósfera y horizonte de todo intercambio espiritual. Pues en la vida con los otros, medimos nuestro tiempo y nos referimos a él mediante la palabra, por mucho que la palabra casi no tenga medida más precisa que los vocablos “antes”, “ahora” y “después”: el “hace diez minutos” que emerge de nuestra conversación, no son diez vueltas del segundero de nuestro reloj, sino “un poco antes” vago e impreciso pero maravillosamente compenetrado a la situación coexistencial; de la misma manera que el “hace un año” casi nunca es el preciso término de la traslación de la Tierra alrededor del Sol (...). Y por eso en el lenguaje en cuanto horizonte de todo intercambio espiritual, está también el horizonte de nuestro tiempo societario, que muy mal se deja ultrapasar y frente al cual los recursos de un lenguaje mimico o gráfico quedan como instrumentos toscos al lado de los refinamientos de la palabra.” COSSIO, Carlos; “Radiografía de la Teoría egológica del Derecho”, con una “Introducción a la fenomenología egológica” de Daniel E. HERRENDORF; 2da. parte (Diecisiete proposiciones iusfilosóficas y el problema perisistemático de la gnoseología del error), título 4 (Proposiciones jurídicas sobre el conocimiento positivo), párrafo XIII. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987; en México, Ed. Cárdenas Velazco Editores, México, D.F.

como algo, y la lógica de esa proyección responde a lo que se ha denominado el deber ser existencial.

III.- EL DEBER SER EXISTENCIAL.

Pero aclaremos anticipadamente el punto con otro ejemplo y todos sus detalles:

En la medida en que los hombres tengan conciencia, en su situación de hombres libres estarán contenidas todas sus posibilidades. Todo lo que los hombres libres y de buena fe se propongan para sí es desde el comienzo una alternativa existencial extraordinaria. Este es el sentido profundo de las revoluciones.

Tomemos el ejemplo de la caída del muro de Berlín por tratarse de uno de los acontecimientos de mayor relevancia histórica en los finales del siglo XX; relevancia que, por las características del caso, contiene una simbología física, como lo es la destrucción de un muro de piedra; claro que los acontecimientos históricos no precisan de tan drásticas características para merecer historicidad. Pero así se ha dado el caso en el ejemplo berlinés escogido, y viene bien este patetismo para ver el problema con mayor claridad.

Bien es sabido que después de décadas de prohibición de salir y entrar libremente de su país, los alemanes de Alemania Democrática se han visto halagados por la decisión de “derribar el muro”, cuyas puertas están ahora abiertas para el ejercicio pleno de la libertad situacional.

Los alemanes que durante décadas pretendieron ejercer su derecho a entrar y salir de Alemania oriental, estaban impulsando este cambio revolucionario que, desde la base misma de la organización social, ascendió una larga pirámide jurídica para convertir su pretensión en una norma jurídica. Los políticos alemanes confirmaron, al abrir las fronteras, la definición que declara a la actividad política como “la manera de convertir las tensiones sociales en normas jurídicas”. Esa tensión social creada por los anhelos de los hombres con conciencia, fermentó y germinó naciendo a la luz del día bajo la forma de una nueva licitud positiva: entrar y salir de Alemania del este.

Ahora bien; esto demuestra empíricamente —con un empirismo lleno de vida— que el Derecho no está solamente involucrado con un sistema lógico de deber ser; si el Derecho sólo pudiera definirse como un “deber ser”, lo que debiera ser como significación conductual de las normas en la Alemania del este sería una prohibición llana y sostenida de salir del país.

Pero si esta prohibición ha abandonado su llaneza y solidez, y ha evolucionado hacia una apertura en apariencias repentina y estrepitosa, ¿dónde quedó aquél deber ser?

Heidegger⁽³⁾ explicó de una manera insuperable el contenido sustancial de la vida biográfica, definiéndola como “el poder ser una posibilidad siendo la posibilidad que llega a ser”. Esta caracterización connota en la conducta una explosión de libertad que necesariamente está ligada al futuro; y estando ligada a un futuro, ese futuro aparece, de acuerdo a esa expresión, como algo “que llega a ser”. No como algo que ya es, porque si no estaría siendo, sino como algo que será.

“...la posibilidad que llega a ser” de la segunda parte de la expresión heideggeriana fue para los alemanes la libertad. Pero esa libertad, siendo solamente una posibilidad que llegará a ser, sólo llegaría a ser efectivamente si esos alemanes sentían que sus vidas biográficas eran un “poder ser esa posibilidad...” según dice ahora la primera parte de la expresión de Heidegger.

Es evidente que esas vidas alemanas supieron que podrían ser una posibilidad, y que esa posibilidad, así encarnada, representaba a la libertad como la posibilidad que llegaría a ser, como finalmente demostró la experiencia.

Pero ¿qué deber ser jurídico estaban viviendo ellos? El deber ser de las normas vigentes hasta entonces no, pues ese deber ser, de haber sido vivido tal y cual estaba planteado, habría de haberse incardinado con una obediencia ciega a la prohibición de salir, obediencia que también implicaría, en la emergencia, la nulidad de los anhelos contrarios a la prohibición; y si no hubiera habido obediencia ciega, al menos debiera haber habido un vivir pacífico sin disonancias ni protestas; pero como el vivir biográfico de los alemanes incluía protestas, disonancias y desobediencias, no estaban viviendo el deber ser lógico del derecho positivo. Estaban viviendo, en cambio, el deber-ser-existencial que aparece como nota fundamental en todo Derecho, en tanto el Derecho pueda ser también una forma de programación existencial.

Veamos qué es el deber ser existencial, en complementación con el deber ser lógico de toda norma jurídica:

El futuro está alejado de nosotros, está fuera del instante, más allá del presente, pero está anticipado como idea, sin actualidad real, apenas pensado hacia adelante

(3) Por razones muy ajenas a su estirpe, la pequeñez intelectual de los pensadores occidentales, engeguceados y hasta embobados por el postmodernismo y las lógicas simbólicas que ruedan actualmente en las universidades como una enredadera creciente, han iniciado una intrépida campaña de desprestigio contra Martin de Heidegger. No haremos en este lugar una exégesis del filósofo alemán, que dio curso definitivo al existencialismo y al conjuro de cuyas ideas se gestaron las de Sartre, Merlau-Ponty, Simone de Bouveoir, Ortega y Gasset, Abagnano, Astrada, entre muchos otros ilustres existencialistas. Pero sí es indispensable levantar una protesta enérgica contra el facilismo con que se dicen y se escriben chismes por millones, al amparo de una industria editorial inescrupulosa y dispuesta a preparar aludes publicitarios para infundir un desprestigio inmerecido. Las ideas políticas de Heidegger están por debajo de su filosofía y no pueden importar seriamente a nadie; de la misma manera en que las vidas de Platón, de Kant o de Ortega están llenas de alternativas que, como filósofos o científicos, no pueden importar seriamente a nadie sin abandonar su ser filósofos o científicos cabales. Las críticas últimas provienen justamente de los postmodernos que, comportándose como preantiguos, afirman la inutilidad práctica de la filosofía heideggeriana. Si la filosofía tiene que ser para ellos útil como un automóvil, no tenemos nada que discutir. Si lo que ocurre es que no ven —por ceguera o pereza mental— cuáles son las derivaciones científicas de la filosofía heideggeriana, tampoco tendríamos nada que discutir: antes bien, habríamos de esperar que esas inteligencias madureren hacia tematizaciones menos ligeras y mejor digeridas.

como programa posesivo de un trozo de existencia futura; no complica todo el presente actual, pero está en él implicado como anticipación de lo por venir. Mientras el lector lee este ensayo, no tiene en su presente todas las alternativas de su futuro, pero en su presente están incardinados muchos trozos de su futuro: terminar de leer este artículo, continuar con el siguiente, reflexionar, o abandonarse a una actividad subsiguiente a la lectura que, sin duda, está ya en la mente del lector. También están en su mente algunas y acaso muchas actividades para el día de mañana, y también otras tantas hasta que finalice la semana; también tendrá planes relativos a su fin de semana, tal vez espere algo del año próximo, y, con toda seguridad, algo espera de su vida, ya sea como vocación intelectual, ya sea como dimensión profesional, o simplemente como felicidad de su vida humana por vivir.

Todas estas cosas no están clarificadas en el presente, pero están en él anticipadas; un arquitecto que proyecta un edificio tiene en su mente una idea anticipada de lo que todavía no es porque está esperando la consumación total de su conducta de arquitecto, pero esa anticipación ideatoria ya está en el presente existencialmente, y si no estuviera, el arquitecto no podría hacer ni seguir haciendo nada.

Así, se ve con claridad que lo que se espera vivir en el futuro se proyecta desde el presente no como un deber ser, porque carece de actualidad estricta, pero sí como un deber ser existencial, como una posibilidad que llegará a ser.

Siempre estamos arrojados hacia el futuro; el hombre que quiere tomar un whisky o divorciarse tiene que vivir esas ideas como un deber ser existencial ya en el presente para que esas posibilidades lleguen a ser como realidad.

Como se ve, el deber ser existencial es la estructura obligada de la vida biográfica. Y por si no estuviera claro por anticipado, sea una clarificación oportuna de lo que se quiere decir con vida biográfica: la vida cronológica, la del tiempo que impersonalmente señalan calendarios y relojes, hecha de minutos, horas, días y semanas, es el simple tiempo de la vida biológica⁽³⁾. La vida biológica la vive todo animal —el hombre entre ellos— con el solo hecho de existir. Pero el hombre tiene además la alternativa de vivir una vida biográfica que es la que hace a los acontecimientos de su ser-alguien-diferenciado. Es por esto mismo que sólo el hombre es persona.

La vida biográfica nos remite a la estructura de la conciencia como nota distintiva de la programación de la vida; un elefante se excita ante la hembra en celo, pero no programa su actividad sexual con anticipación; un perro guardián reacciona con violencia útil ante el intruso que llega a violentar la propiedad de su amo, pero no anticipa la estrategia de su violencia, la metodología de sus saltos, rasguños y tarascos, pues no está en su conciencia la posibilidad de vivir ninguna otra cosa que no sea su ser; ni siquiera puede vivir a conciencia su ser-un-perro.

Los hombres, en cambio, pueden vivir a conciencia y en ese trance despliegan un tipo de vida que es biográfica porque no es simplemente biológica, no es un latirle el corazón y circularle la sangre y contraérsele los músculos. Es mucho más. Y en este "plus" está contenida la historicidad del hombre; cuando son muchos los hombres

que al convivir enlazan sus vidas biográficas, están gestando la vida histórica de las generaciones.

Decíamos, entonces, que estando simplemente viviendo, los hombres no sólo viven el deber ser de sus vidas coexistencialmente vinculadas, sino que además viven el deber ser existencial de lo que anhelan con anhelo de futuridad.

Este esquema nos permite comprender con exactitud el fenómeno del cambio alemán descrito —aunque esta estructura existencial es aplicable, por supuesto, a toda circunstancia convivencial realmente verificable—; y nos lo permite comprender porque se advierte ahora —sólo ahora— que además de muchas alternativas del deber ser, los alemanes estuvieron viviendo durante mucho tiempo, y en sus entrañas, el deber ser existencial de su libertad.

No lo sabemos, aunque una correcta indagación sociológica podría determinarlo, pero no será demasiado aventurado suponer, por ejemplo, que los alemanes anhelaban su libertad en la intimidad de sus vidas; que conocían la vida occidental a través de información filtrada desde Alemania Federal; que acaso se organizaban para orquestar las fugas, escapatorias y huidas que se consumaron durante más de cuatro décadas; que se organizaban en sindicatos y partidos políticos de oposición; que estructuraban sus conductas en grupos de presión y de tensión social; que hacían llegar esas inquietudes a la prensa clandestina, logrando que esa información fuera divulgada en occidente para que las naciones occidentales ejercieran la presión que ejercieron sobre Alemania del este (sin considerar ahora si esa presión internacional era respetuosa, elegante o desfachatada); que con su deseo de libertad impregnaban el clima histórico y prepararon la posibilidad que efectivamente llegó a ser.

Toda esta descripción presenta, justamente, una conducta que estaba siendo vivida como una posibilidad, y ese vivir una conducta por anticipado como una posibilidad traza la estructura del deber ser existencial.

Es importante anotar que este deber ser existencial no se vivió con ánimo revolucionario en el sentido más cabal de la palabra, siempre que seguían viviendo el deber ser de todas las demás licitudes e ilicitudes de su país, en la medida en que no solamente respetaban todo el restante ordenamiento jurídico alemán, sino que además lograron que el cambio se produjera dentro de ese mismo ordenamiento jurídico, que subsiste al logro sin fisuras ni trastornos; fisuras y trastornos que, de existir, estarían configurando una revolución, en la medida en que ella pueda definirse como un cambio en la lógica de los antecedentes jurídicos, pero es tema de otro trabajo. (Ver al respecto, CARLOS COSSIO, “El concepto puro de revolución”, Barcelona, 1936; Ed. Bosh; y “La plenitud del ordenamiento jurídico”, 1ra. edición 1939; 2da. edición 1947, Buenos Aires).

Resumiendo: el Derecho es conducta porque allí es donde se despliega la conducta jurídica y no puede desplegarse de otro modo ni en otra parte. Ontológicamente, en la interferencia intersubjetiva de conductas está el Derecho siendo y consistiendo.

Los hombres siempre son personas, estén o no “personificados” por las normas, que no pueden “personificar” objetos inhumanos sin caer en el absurdo. Asimismo, la conducta se despliega en una temporalidad especial vinculada a la conciencia y a la estructura de la vida biográfica. Este despliegue implica vivir el presente con sentido de futuridad, pues el ser humano es el único animal que puede programar su destino y su vida con ese destino.

IV.- LA CONDUCTA COMO ACTUACION EXISTENCIAL.

La conducta del hombre no es una conducta consumada a tontas y a locas, sin ton ni son, sino más bien una conducta programada y proyectada conforme a valoraciones propias del obrar. El ladrón que programa un saqueo, el médico que consume una cirugía, el músico que compone su melodía, el artesano que modela la arcilla, actúan de un modo perceptible: la conducta que ellos despliegan puede percibirse como algo valioso —con sentido positivo o negativo—. La conducta es una experiencia de realidades, y por eso el Derecho, que está en la conducta y es en ella, es un fenómeno real de este mundo. Todos, todos los días de la vida, nos comportamos de alguna manera; todos nuestros actos están circunvalados por la esfera de la juridicidad en la medida en que son actos permitidos o impedidos. Toda la conducta social es un hacer y un impedir. El abstenerse de hacer o de impedir, ya es hacer algo, pues quien se abstiene ha decidido desplegar su conducta como un “abstenerse”, con lo cual ya hay una conducta perceptible.

El continuo, versátil e interminable hacer e impedir que sensiblemente muestran las sociedades convierten a los hombres en protagonistas de su vida jurídica. Estos hombres están siempre situados en una circunstancia vital —este mundo, este país, esta ciudad, esta familia— y situacionados en una circunstancia existencial elegida por ellos —este trabajo, esta vocación, este matrimonio, esta carrera, estas lecturas—. El protagonismo humano hace que los hombres actúen su vida jurídica con conciencia plena, desde su conciencia, desde su ego; por eso lo que despliegan no es una simple conducta animal, sino una conducta egológica, una conducta que responde a la lógica del ego en tanto esa lógica es un deber ser existencial con pasado, presente y futuro.

En esa situación situacionada, en ese desplegar una conducta consciente de manera egológica —es decir, con protagonismo insoslayable— aparece el problema de la libertad.

La libertad es lo que en primera instancia se instala ante la vida humana como la primera posibilidad. La libertad de elegir qué conducta habrá de asumirse es para el Derecho un prius, es decir, es anterior a la vida jurídica.

En cada situación, los hombres encuentran muchas posibilidades de actuación egológica: puedo cumplir con mi deber, puedo no hacerlo, puedo salir de esta si-

tuación, puedo buscar otra, puedo desechar mi proyecto vital y escoger otro que reputo mejor; hasta los esclavos encontraban la libertad como un prius en sus vidas biográficas, no solamente en la oscura posibilidad de cumplir con su deber, sino también en la alternativa de rebelarse ante la esclavitud, como en efecto ocurrió y como empíricamente mostró la experiencia histórica.

En la conducta que los hombres eligen en su libertad situacional, se revela conforme a qué valores se ha efectuado esa elección; así como los hombres se comportan, así son. Por eso la conducta es la fenomenalización de la persona, el modo en que ella se muestra entera, plena y cabalmente.

No es posible vivir otra vida que la vida propia, y por eso la existencia se da de un modo absolutamente individual, como un proyecto de actuación. Pero no obstante, la impedibilidad de conductas entre la egología de uno y la egología de los otros define a la actuación de la propia vida como coexistencial, siempre que vivir es convivir.

Por eso la conducta siempre es existencial y societaria, o, en una palabra, coexistencial.

Por eso el Derecho resulta una manifestación de coexistencia reducida a su raíz de conductas compartidas.

V.- LA CONDUCTA COMO OBJETO EGOLOGICO.

La fenomenología encuentra en el mundo una cantidad de objetos sustancialmente distintos. Esa distinción radica en diferentes modos de ser, es decir, es una diferencia óptica. Si dividiéramos a los objetos en regiones, según sus onticidades, obtendríamos cuatro grandes regiones ópticas:

1) La de los objetos naturales, como las piedras y los árboles, que tienen existencia (son y consisten en algo), están en la experiencia sensible (puedo verlos, tocarlos), y son neutros al valor (una piedra no es justa o injusta; podrá decirse que una piedra es hermosa, pero ésa no será una propiedad geológica de la piedra, como la belleza de un ramo de rosas no interesa a un botánico porque no es una propiedad botánica). Para conocer estos objetos los científicos utilizan un método empírico-inductivo. Empírico porque se basa en la realidad que aparece en la experiencia sensible; inductivo porque circula de lo particular a lo general (si este pedazo de plomo funde a X cantidad de grados centígrados, todos los plomos hallables fundirán sometidos a la misma temperatura).

2) Los objetos ideales (como los números), que no tienen existencia (existen dos casas, dos hombres, dos libros, pero el número 2 no existe en ninguna parte), no están en la experiencia (no puedo ver, tocar ni intuir de ninguna manera sensible al número dos o al cuadrado de la hipotenusa) y son neutros al valor (no hay números

bellos o feos). El método de conocimiento que emplean los científicos para conocerlos es el racional-deductivo. Racional porque se funda en conceptos de razón; deductivo porque circula de lo general a lo particular (si dos más dos es cuatro, estos dos libros más estos otros dos libros, dará cuatro libros).

3) Los objetos metafísicos (como Dios) que no van a aportar nada a nuestra investigación; pero queda decir que los filósofos llaman metafísicos a los objetos que tienen existencia (aunque improbable, como Dios, definido como la realidad realísima), no están en la experiencia (no puede intuirse sensiblemente), y son valiosos (la suma bondad, la suma belleza, etc.)

4) Por último, llegamos a la región que importa a nuestra investigación. Se trata de los objetos culturales (como un cuadro, un objeto antropológico, una balada o, ya lo veremos, la propia conducta). Estos objetos tienen existencia (la última cena de Dalí, por ejemplo, que tiene una existencia visible), están en la experiencia (puedo intuirlos con mis sentidos), son valiosos con signo negativo o positivo, y para conocerlos empleamos el método empírico-dialéctico. Empírico porque partimos de la experiencia sensible; dialéctico porque nos formamos una idea de esos objetos una vez que los hemos intuido, pero luego volvemos a ellos para perfeccionar nuestra idea, y de la idea hacia el objeto y del objeto hacia la idea trazamos un camino dialéctico que cuanto más largo es, más posibilidades nos da de aprehender al objeto plenamente.

Citemos una vez más el cuadro “La Cena” de Dalí; allí vemos a Cristo en su última cena con los doce apóstoles cuyas vidas conocimos por el Nuevo Testamento.

Es indudable que hay allí radicando una cantidad de valores artísticos que convierten a ese objeto hecho de tela y acrílicos, en una obra de arte. Ante él podemos sentir cierta emoción estética, percibir belleza, armonía o desarmonía, adecuada articulación de colores, perspectiva; y en una percepción cada vez más sensible, tal vez podamos intuir lo que en el cuadro hubiere de paz, de piedad, de resignación, de resurrección, de esperanza o desconsuelo. Ante cualquier obra de arte, sea pictórica, escultórica, épica, lírica o dramática, habrá en juego un valor. Ese valor es el sentido de la obra de arte; pues el cuadro, el mero cuadro, es simplemente una tela pintada; una escultura es piedra modelada; una sinfonía es una cantidad de sonidos (“el menos molesto de los ruidos” decía Napoleón que, por lo visto, no gustaba de la música). Pero a todos nos consta que un cuadro como sustrato (como simple objeto, como cosa de la naturaleza) es algo más: ese “más” es el sentido que el sustrato lleva consigo bajo la forma de un valor.

El sentido del sustrato ha sido volcado a él por medio del desarrollo de una conducta específica, que es la conducta que despliega el artista motivado por cierta emoción estética, y vocacionado por un valor perceptible.

Ese valor no está en el cuadro, ni en la sinfonía, porque si así fuera todos percibirían el mismo valor; tampoco está en quien lo percibe, pues si así fuera todo le parecería bello o feo a ese sujeto; el valor radica en la relación dialéctica que se establece entre el objeto cultural y su espectador. La relación entre un objeto cultural intuido y un sujeto que lo intuye, se constituye como una relación con sentido. La intencionalidad del sujeto constituye con el sentido del objeto un camino de percepciones múltiples donde está en juego la posibilidad de existencia del objeto cultural.

Ahora bien; si los objetos culturales son todos aquéllos que hace el hombre conforme a valoraciones (con arreglo a valores), la conducta resulta ser el principal objeto cultural; pues lo despliega no solamente el artista cuando pinta, esculpe o compone —conducta de cuyo artista se integra con la obra que ejecuta— sino también todo hombre que vive y se comporta, según ya lo hemos visto.

En este sentido, hay consenso entre los filósofos para considerar a la vida humana como un objeto cultural a los fines de la investigación; pero en este trance cabe diferenciar:

a) la vida humana objetivada, es decir, aquella forma de vida humana que se convierte en un objeto: por ejemplo, una obra de arte, que es producto de la conducta desplegada por el artista;

b) la vida humana viviente, en cuya región encontramos solamente a la conducta que es y que está siendo sin convertirse en ninguna cosa objetivada, sino simplemente existiendo y desarrollándose como conducta valiosa. Estos objetos —la conducta como vida humana viviente— es lo que se denomina objetos egológicos, por lo que en ellos hay de autoría y protagonismo, por lo que en ellos hay despliegue consciente del ego, según ya fue descrito.

Con este procedimiento hemos localizado a nuestro objeto de estudio —la conducta humana— en su adecuada región óptica, lo que nos permite desarrollar la ciencia jurídica con su adecuado método: el empírico-dialéctico; y con su también adecuado acto gnoseológico correspondiente: la intuición intelectual.

VI.- LA INTUICION INTELECTUAL.

Ya sabemos qué cosa es la intuición sensible. Es el modo en que desplegamos nuestros sentidos, para oír, ver, gustar, tocar u oler.

Pero hay también una forma de la intuición que no es sensible, sino que se vincula a una mínima actividad mental: se trata de la intuición intelectual.

Veamos esta suma:

$$\begin{array}{r}
 2 \\
 + \\
 2 \\
 \hline
 4
 \end{array}$$

Ahora veamos esta otra:

$$\begin{array}{r}
 234.920 \\
 + \\
 574.539 \\
 \hline
 809.459
 \end{array}$$

En estas dos sumas hay verdades denominadas apodícticas: las dos son verdades de razón: son así y no pueden ser de otra manera. Las dos son ciertas y reales, y se conforman con la razón de quien sea, en un acto de conformidad plena.

Pero la primera suma ofrece una inmediata evidencia de su verdad; la verdad está allí, diríase, mostrándose a sí misma con toda evidencia, con clara mostración. Vemos el resultado con anterioridad a la operación, y no necesitamos hacerla. Es un sólo acto, único y simple, que nos incorpora a la verdad de esa suma como si estuviéramos viendo la suma por dentro.

La segunda suma, en cambio, es tan cierta como la otra; su verdad es tan apodíctica como la otra; es una verdad de razón tan contrastable como la otra; pero no obstante, debemos hacer una obligada operación mental para comprobar esa verdad.

Es a esto que Husserl llama intuición intelectual, que puede definirse como un ver con los ojos de la inteligencia sin poner nada más que ese ver. Es el ver del espectador pasivo que “se da cuenta” de la verdad sin operaciones mentales de tipo racional.

La experiencia de la intuición intelectual es intrasferible y está en la conciencia de cada cual; describimos este tipo de intuición porque es el acto gnoseológico propio de los objetos culturales, y es el acto, por lo tanto, que ejecuta el jurista cuando trata de hallar la verdad jurídica que se encuentra en la superficie de las conductas. Todos habremos pasado por esas situaciones humanas tan típicas, en las que los hechos y sus características nos resultan evidentes, claros de todo razonamiento, sin que nos sea necesaria una ejercitación científica compleja. Lo que se ha denominado el “sentido común” tiene en parte que ver con esto, y tiene que ver con la manera en que los juristas ejercen su intuición.

Los jueces al juzgar, los legisladores al legislar, los abogados al litigar, y en general todos los hombres que viven a conciencia, tienen aprehensiones de la verdad de

una conducta o de varias conductas sin necesidad de desentrañarlas, simplemente porque la verdad “está allí”, se muestra desnuda e impecable, como un fruto.

Pero, naturalmente, esta forma de intuición no excluye otra, ni excluye tampoco otros procedimientos que los juristas llevan a cabo con el objeto de modelar los hechos que se presentan ante ellos. No obstante, por la poca difusión que estos procedimientos han tenido en la ciencia del Derecho, merece ser señalado este tipo peculiar de intuición, y todo lo que en él hubiere de fuerza de convicción y mostración plena de la verdad.

VII.- LA JUSTICIA COMO VALOR SITUACIONAL.

Supongamos un juego de ajedrez. Una partida en curso, y dos jugadores que, conforme han ido desarrollando distintas estrategias de juego, han arribado de determinada situación. Resulta evidente que en esta situación, hay una jugada que es objetivamente la mejor; lo es porque de acuerdo a la estrategia seguida, permitirá consumir ese camino adecuadamente y vencer al oponente. Esa “mejor posibilidad” no está en la conciencia del jugador; está en la situación a la que arribó jugando. Por eso se trata de una “mejor posibilidad situacional”, una posibilidad que está contenida en la situación y que, conforme a los fines del caso —ganar la partida— resulta ser objetivamente la mejor.

También habrá una jugada que resulte, objetivamente, la peor; y lo será porque echará por tierra la estrategia seguida, impidiendo al jugador consumir su triunfo; y si directamente esta jugada situacional y objetivamente “la peor” no significare un perjuicio notorio, al menos estaría significando una pérdida de tiempo que, en el ajedrez —como en tantas alternativas vitales— es un desvalor como pérdida de posibilidades y retraso de lo por venir. Entre aquella jugada mejor y esta peor, habrá un sinfín de posibilidades intermedias.

Ahora bien; en el desarrollo del programa de actuación de cada cual, hay también un sinnúmero de posibilidades existenciales, objetivas y situadas en la realidad de cada protagonista. De acuerdo a la elección que se adopte en posesión de la libertad situacional, la vida tomará un curso o tomará otro; si ese curso aleja al actor de su programa de vida, la elección ha consagrado una pérdida de tiempo; si, en cambio, mejora la perspectiva del actor respecto de su programa, ha consagrado un acierto.

A estas posibilidades que resultan ser objetivamente mejores o peores, al estar contenidas en la situación, no es necesario inventarlas, sino des-cubrirlas; la inscripción del término de esta forma —des-cubrir— es deliberada: se trata de des-ocultar algo que está oculto, des-cubrir algo que está cubierto.

Todos los hombres que viven sus vidas a conciencia comprenden con conocimiento de protagonista —que es entrañable e intrasferible— qué significado dramá-

tico o alentador tiene esto de saber descubrir la mejor posibilidad, o no tener capacidad para efectuar este desocultamiento. Especialmente quienes viven sus vidas bajo la forma de la imposibilidad, el obstáculo y la angustia, saben qué significa la pérdida del tiempo existencial, que es derroche de vida y pérdida de futuro⁽⁴⁾.

En la vida coexistencial, en la vida de la convivencia humana, también hay posibilidades mejores y peores objetivamente situacionadas. Una sociedad que vive bajo condiciones que desprecia, tiene la posibilidad de elegir ciertos cambios contenidos en ese despotismo, como señalamos con el caso del muro de Berlín. Una sociedad que desprecia la pobreza, sabe que tiene a su alcance el descubrimiento de una solución, la des-ocultación de una solución. Problemas convivenciales menos trágicos —cualquier problema jurídico imaginable— también está sujeto al descubrimiento de su mejor posibilidad.

A esta mejor posibilidad coexistencial y situacional se denomina justicia.

La justicia es la mejor posibilidad contenida en una situación determinada.

Esto quiere decir que la justicia depende de las valoraciones históricas que una sociedad realice para poder seguir el curso de su programa de existencia.

Un ejemplo puede ayudar a entender este problema:

Hace muchos siglos, durante el curso de las guerras púnicas, los prisioneros de guerra eran pasados a degüello sin piedad por los vencedores; en escenas dolorosas y patéticas, llenas de desolación y ultraje para la especie humana, se consumaban estos crímenes de seres ahora indefensos, que ante el desconuelo de sus esposas e hijos eran cruelmente degollados. Hasta que un día un inteligente dignatario militar descubrió cuál era la mejor posibilidad que esa situación contenía: reducir a los prisioneros de guerra a una férrea esclavitud, otorgándoles en ese acto la posibilidad de conservar la vida. “Y en presencia del acto inaudito que así les otorgaba el don maravilloso de la vida, los jóvenes guerreros cayeron de hinojos ante el amo, cegadas las pupilas con las más puras lágrimas de agradecimiento que jamás la justicia hizo derramar”⁽⁵⁾.

Aquí se ve con claridad inmejorable la situacionalidad de la justicia, pues esa misma esclavitud que allí jugó el papel de la mejor posibilidad, en otro contexto situacional resultó la peor injusticia, y en nuestros días significaría una impensable canallada.

Todo el problema general de la justicia se centra, en último término, en un problema de valores históricamente relevantes. Si en toda situación existencial hay

(4) Ver HERRENDORF, Daniel E., “La pérdida del tiempo social como vida irresponsable”, en revista “La Vanguardia”, Buenos Aires, 31 de julio de 1986.

(5) COSSIO, Carlos, “Los valores jurídicos”, Anuario de Filosofía del Derecho, t. IV, págs. 27/91, Madrid 1956; también citado por el mismo autor en el prólogo al libro de Antonio L. Machado Neto: “Hacia una eidética de lo social”, publicado como separata, Colección de Monografías no. 7, Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela.

una mejor posibilidad, toda la misión del juez consiste en descubrir, en advertir cuál es su dimensión.

Toda conducta se constituye como siendo-un-valor. El valor forma parte de su estructura y constituye su sentido, sin el cual sería un mero comportamiento animal, sin más motivaciones que las que surjan del instinto primario que todo mamífero lleva consigo en beneficio de su subsistencia como parte de la especie.

Y justamente por esta capacidad de desplegar un valor, la conducta no surge como una indiferencia sino como una preferencia. Ortega y Gasset lo expresaba de esta forma: “Para resolverse a hacer esto y no aquello (el hombre) tiene, quiera o no, que justificar ante sus propios ojos la elección, es decir, tiene que descubrir cuál de sus acciones posibles en aquel instante es la que da más realidad a su vida, la que posee más sentido, la más suya... El hombre no puede dar un solo paso sin justificarlo ante su propio tribunal”⁽⁶⁾.

Los valores jurídicos se definen por su bilateralidad, es decir, son valores en conductas conjuntas e intersubjetivas. Al respecto, nos remitimos a nuestro trabajo “Introducción a la fenomenología egológica” a fin de no reiterar conceptos⁽⁷⁾.

VIII.- CRISIS ENTRE EL DERECHO Y LA NORMA JURIDICA.

A esta altura de la ciencia jurídica, ya no es necesario aclarar que las normas no son el Derecho, ni que mucho menos sean ellas la justicia.

Las normas son conceptos; están formadas por palabras que señalan una realidad concreta, que hablan acerca de una situación existencial. Pero en las normas no hay situación, ni existencia vital, ni vida humana. Hay simplemente palabras, significaciones, estructuras lógicas. Eso es todo.

Decir que el Derecho está en las normas equivale a desvitalizarlo de un modo innecesario. Centrar las investigaciones jusfilosóficas a un problema de interpretación de palabras —tal procede la escuela semántica— es ir allí donde no se hallará nada novedoso. Bien conocido es ese chiste alemán de un borracho que buscaba sus llaves perdidas; alguien le pregunta: “¿Dónde perdió sus llaves?”, “¿Por allá!”, contesta él; “¿Entonces por qué las busca por acá?” le replican; “Pues porque acá hay más luz”. A veces pareciera que en la ciencia jurídica, los juristas no buscan dónde se hallan las cosas, sino donde hay más luz.

Pues bien; siendo las normas conceptos, han de ser conceptos de algo; es decir, han de referirse a algo. No es posible la existencia de un concepto sin una realidad empírica que sostenga ese concepto.

Del mismo modo que hay una distancia que no es necesario explicar, entre una manzana y un concepto de manzana, existe también esa distancia entre la norma y

(6) ORTEGA Y GASSET, José: “Obras completas”, T.V., pág. 209.

(7) HERRENDORF, Daniel E. en “Radiografía de la Teoría egológica del Derecho”, edición citada, nota 2, in fine.

las conductas que ella mienta y califica en su estructura. Concepto y realidad, norma y conductas, esa es la relación exactamente.

Husserl explicó esto decisivamente para la historia filosófica del siglo XX, expresando que “todo juicio dice algo acerca de algo”; es decir que además de existir el juicio que expresa algo, debe existir un objeto real —existente— acerca del cual se trata ese juicio.

En este sentido, cuando los jueces interpretan, no están interpretando una norma, sino una conducta mediante esa norma. En la actividad judicial la norma tiene un papel orientador y sinóptico, pero no es ni puede ser el centro de las meditaciones judiciales de nadie. Pues existen situaciones jurídicas —y cualquier jurista conoce muchas— en que las normas pierden contacto con la realidad. La Teoría egológica disuelve la crisis del juez que no halla en el ordenamiento jurídico una norma que lo habilite a sentenciar con justicia, demostrando cómo la actividad judicial, en la medida en que tiene por objeto hacer justicia, no puede atenerse a una realidad estática, inmóvil —la realidad de las palabras— cuando se trata de una realidad dócil, vital, histórica, cambiante. El logos de las significaciones semánticas es un logos estático; el logos de la conducta es existencial. Reducir los dos en un sólo método de interpretación, es simplemente un desentendimiento metodológico, una confusión.

Los juristas del Common Law supieron esto hace mucho tiempo, y con criterios científicos mucho más cercanos a la realidad, hicieron de la costumbre una norma. Sólo que la costumbre se actualiza a sí misma a cada instante, y estando ella en la base de todo conocimiento jurídico, ese conocimiento toma movilidad.

También son muy conocidos los casos patéticos en que los jueces sentencian a pesar de sí mismos y de sus conciencias de jueces, dejándose aplastar por la voluntad de la ley, como si una ley pudiera tener voluntad. Estos jueces hasta suelen declarar su inconformidad existencial con la sentencia que ellos mismos elaboran, ordenan y firman.

Pero para salvaguarda de la ciencia, también ha habido jueces que en uso de una valentía poco usual, han sentenciado apartándose de los criterios normativos, y declarando la inutilidad intrínseca de la norma que les exige una resolución a la que se resisten enteramente. El normativismo pretendió explicar esas sentencias llamándolas “sentencias contra la ley —mejorando aun el apelativo traduciéndolo al latín (“sententia contra legem”), como es usual en la ciencia dogmática—. Pero calificar no es entender, ni mucho menos comprender. Porque los jueces no sentencian a favor de la ley o contra ella, sino que descubriendo la justicia de una situación, o pasándola por alto. La ley puede guiarlos en esta tarea. También puede confundirlos.