

KELSEN-COSSIO: *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1952.

La Editorial Guillermo Kraft Ltda. nos presenta con este volumen la versión castellana, preparada por el doctor Carlos Cossio, del texto definitivo de las Conferencias dictadas en francés por Hans Kelsen, en 1949, en la Facultad de Derecho De Buenos Aires, y que próximamente será lanzada a la luz pública en lengua francesa, por la misma casa editora. Dicho texto aparece complementado en este libro con el *Comentario o Balance que*, sobre la visita de Kelsen a la Argentina, ha escrito el mencionado jurista sudamericano, y que incluye el profundo diálogo sostenido, al margen de dicho Curso, entre Kelsen con su Teoría Pura por una parte, y Cossio con su Teoría Ecológica por la otra; coloquio que sin duda pasará a la historia de la Filosofía del Derecho como “la polémica de Buenos Aires”, por las trascendentales consecuencias, que en el campo de la reflexión jus-filosófica, habrá de tener en los años inmediatos.

Kelsen ha reafirmado, en cuatro enjundiosas lecciones, el perfil vigoroso de su postura frente a los fundamentales problemas planteados en su Teoría Pura, que tan colosales reacciones —sobre todo la ecológica— ha provocado desde su nacimiento a la vida científica. En estas conferencias, Kelsen nos ofrece no pocas aclaraciones y reconsideraciones, en relación con algunos aspectos de su doctrina que hasta hace poco resultaban confusamente tratados. Comienza el célebre jus-filósofo austriaco por abordar el problema de definir lo que constituye *el objeto* de la Ciencia del Derecho. Para ello, se ve en la necesidad de ubicar debidamente esta disciplina dentro del conjunto de las ciencias sociales, y de subrayar las diferencias esenciales que el Derecho, como ciencia socio-normativa, tiene frente a las ciencias naturales. Este planteamiento lo embarca en una larga exposición sobre los principios de *causalidad* y de *imputación*, que respectivamente fundamentan el conocimiento causal y el normativo. Dentro del principio de imputación, Kelsen nos explica *cómo*, para concebir al hombre en su libertad, no se hace necesario, y ni siquiera es posible, exceptuarlo del determinismo causal, sino que hasta “interpretar la conducta humana en tanto que determinada por normas según leyes sociales” (morales, jurídicas o religiosas). No hay tal incompatibilidad entre necesidad y libertad, en relación con el humano comportamiento. El hombre es libre, dice Kelsen, porque es el punto final de una imputación, a despecho de la causalidad. Esta es, según él, la explicación no metafísica, sino racionalista de la libertad. Y termina el primer capítulo subrayando que la *forma gramatical del principio de imputación* es siempre la de “que en ciertas condiciones debe seguir una determinada consecuencia”, frente a la *forma categórica de mandato* que sostienen los imperativistas.

El segundo capítulo constituye un ensayo de captación de la *esencia* del Derecho, en tanto que objeto de la Ciencia del Derecho. Para Kelsen, el Derecho, como objeto de conocimiento, ofrece dos aspectos: uno *estático*, es decir, el Derecho concebido en reposo, como un orden sistemático de preceptos jurídicos ya establecido, sin atender a los actos creadores o de aplicación del mismo, en una palabra, el Derecho como *norma* determinante de la conducta de los hombres; y otro *dinámico*, es decir, el Derecho considerado en su movimiento “a través del proceso de su creación y de su

aplicación", en una palabra, el Derecho como *conducta* humana determinada por la norma. Destaca Kelsen el acierto de la Teoría Ecológica, a la que reconoce el mérito de haber sido la primera en mostrar la importancia del axioma ontológico "todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", y cuya verdadera significación, dice el jurista vienés, es la de que no hay conducta humana que no esté, de modo directo o indirecto, jurídicamente determinada (en sentido normativo) bien como *prescripción*, bien como *prohibición*, o bien simplemente como *permisión*; en otros términos, esto es lo que se quiere connotar cuando se afirma que "el Derecho no tiene lagunas". Pero de esto, afirma Kelsen, no podemos concluir que el Derecho sea mera conducta humana, ya que ésta, si no está referida a la norma jurídica en tanto que determinada por ella, no tiene relevancia jurídica alguna y, en tal caso, podrá ser objeto de otras ciencias como la Sociología, la Psicología, etc., pero jamás de la Ciencia del Derecho. Estática y dinámicamente pues, la esencia del Derecho como objeto de su ciencia particular es su ser *normas*, creadas y aplicadas por la Comunidad jurídica a través de su órganos. A continuación explica Kelsen cómo la presuposición de la *norma fundamental*: Debemos comportarnos de la manera prescripta por la primera Constitución, es la que confiere, en última instancia, la calidad de jurídicos a determinados actos de la humana conducta, y sin la cual no habría ni ciencia del Derecho ni interpretación jurídica.

Uno de los aspectos novedosos de la Teoría Pura que Kelsen ha desarrollado en sus Conferencias de Buenos Aires, es la distinción que el jurista vienés establece entre *norma jurídica* y *regla de derecho*, distinción cuya aclaración se la ha impuesto la crítica, en particular de la Teoría Ecológica, como él mismo lo ha confesado en este cursillo. En este respecto, dice: "Las normas jurídicas como objeto de la ciencia del Derecho son función de las autoridades jurídicas competentes, o, para decir lo mismo, función de la comunidad jurídica. Las reglas de derecho (en el sentido descriptivo de la palabra) son la función de la ciencia del Derecho, en tanto que acto de conocimiento"... "las normas jurídicas creadas y aplicadas en el curso del proceso del Derecho, no son juicios, no son de ninguna manera la función de actos de conocimiento; son la función de actos de voluntad". En esta situación, considera Kelsen que no tiene sentido predicar de una norma jurídica —acto de voluntad— que sea *verdadera* o *falsa*, ni de una regla de derecho —acto de conocimiento— decir que sea *justa* o *injusta*, sino a la inversa. La función esencial de la norma jurídica es crear Derecho; la función de la regla de derecho es conocer. Kelsen da a entender, y así lo dice expresamente, que la regla de derecho tiene la forma lógica de un juicio hipotético, mientras que la norma jurídica como acto creador, como acto de voluntad, puede muy bien expresarse categóricamente en forma de imperativo. (Aquí, la Teoría Ecológica llama la atención en el sentido de que, con esta afirmación, Kelsen desvirtúa lamentablemente su magistral crítica al *imperativismo*, que es uno de sus más relevantes méritos). Las reglas de derecho guardan pues, con las normas jurídicas, la misma relación de concepto a objeto que las leyes de la Naturaleza respecto de la realidad natural, son el instrumental lógico de la ciencia del Derecho, y en este sentido puede decirse que la regla de derecho es una ley social.

A continuación, hace Kelsen la crítica a la postura del Derecho natural diciendo que ofrece una interpretación socio-normativa de la Naturaleza, pues al ignorar la corriente jus-naturalista la diferencia existente entre Naturaleza, como objeto de la

ciencia natural, y Derecho, como objeto de su ciencia específica, pretende otorgar a las leyes naturales la categoría de reglas de un derecho natural. A propósito de la distinción entre Moral y Derecho, dice Kelsen que ninguna significación moral predicen las reglas de derecho al utilizar la expresión "debe", al tenor de las reglas de moral, pues el hecho de que el órgano de la Comunidad impute una determinada consecuencia a una cierta condición, es independiente de la moralidad o inmoralidad que resulte de tal imputación. Ambos, Derecho y Moral, son órdenes sociales diversos, y es precisamente en esta diversidad que se finca la posibilidad de decidir sobre la justicia o injusticia encarnada por el primero, juzgándolo a la luz del segundo. Esta diversidad radica en el contenido de la conexión imputativa implícita en la copulación "debe", común a ambos órdenes sociales, a saber: en el Derecho, la consecuencia imputada a su condición es una sanción, es una coerción socialmente organizada, mientras que en la Moral no hay tal sanción.

Los dos postreros capítulos de este libro están dedicados, por Kelsen, a mostrar al Derecho como un orden compulsivo, frente a los demás órdenes sociales que no tienen esta nota. El Derecho se caracteriza por ser una específica técnica social para promover la paz. Este es el valor y el fin del Derecho: procurar la paz en las relaciones sociales mediante la promoción de cierto tipo de conductas favorables, a través de la represión con sanciones de las conductas opuestas. "El Derecho establece un monopolio de la fuerza a favor de la Comunidad jurídica", y desde este punto de vista todo acto de conducta humana que signifique el empleo de la fuerza debe interpretarse bien como *sanción*, o bien como condición de una sanción, es decir, como *transgresión*. El modo típico de expresión de la norma jurídica es el del establecimiento de una sanción para la conducta opuesta a la que se trata de prescribir como debida. Es por esto que las normas penales jamás se formulan en el sentido de prohibir expresamente los delitos, sino que simplemente los tipifican y luego establecen penas para las conductas que caen dentro del supuesto delictivo.

De acuerdo con todo lo anterior, desemboca Kelsen en la cuestión de definir la *obligación jurídica*, que difiere mucho de la obligación moral. El contenido de la obligación moral coincide siempre con la conducta prescrita por la norma moral como debida, de tal manera que la obligación moral consiste en el cumplimiento de la *conducta prescripta*; en cambio, el contenido de la obligación jurídica está determinado por la conducta cuya contraria constituye la condición de una sanción, y si el legislador establece una norma que prescribe determinada conducta como debida, sin enlazar un acto de coerción como sanción a la conducta opuesta, no establece con dicha norma una obligación jurídica, sino lo que los romanos llamarían una *obligatio naturalis*. Ahora bien: "Lo que pertenece a la esencia misma del Derecho es que las sanciones estén estatuidas. No es esencial que las sanciones estén estatuidas como obligaciones jurídicas"; es decir, no es necesario que la conducta opuesta a la establecida como sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto de coerción como sanción. "La expresión "se debe" pone en juego la idea de la imputación, en contra de la de causalidad . . . , pero no la idea de la obligación."

Finalmente, nos explica Kelsen el concepto de *transgresión* como la conducta contraria a la prescripta por la norma jurídica secundaria, o bien como la conducta establecida como condición de la sanción, según la formulación que se dé a la regla de derecho; y distingue las nociones de *responsabilidad jurídica* y de *obligación*

jurídica diciendo que el individuo "en el caso de la obligación, es el sujeto de su propia conducta; y en el caso de la responsabilidad, es el objeto de la conducta de un tercero, del órgano estatal que contra él dirige la sanción".

Hasta aquí, lo sostenido por Hans Kelsen en sus Conferencias.

A continuación se nos ofrece, en el volumen que reseño, el "Balance de la visita de Kelsen a la Argentina", preparado por el doctor Carlos Cossio; comentario que ya había sido publicado ampliamente con anterioridad, en diversas revistas jurídicas de mundial prestigio, no sólo en castellano sino además en alemán y en portugués.

Comienza Cossio por señalar las concordancias fundamentales de pensamiento entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica, relativas a: a) *El axioma ontológico*: "Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido"; y b) *La Lógica del deber ser*, esto es, la confirmación sobre el valor que de Lógica Jurídica Formal ha atribuido siempre la Ecológica a la Teoría Pura *stricto sensu*, con el siguiente contenido doctrinario: "pureza metódica como el plano de la imputación, teoría de la norma como analítica de las partes, teoría del ordenamiento como analítica del todo y teoría de los dualismos científicos como dialéctica del pensamiento jurídico".

Antes de abordar Cossio las discrepancias fundamentales de la Teoría Ecológica con la Teoría Pura, nos ofrece un panorama de lo que él llama "Los tres protagonistas y sus problemas" en el drama de Buenos Aires, que preparan el ánimo y la atención del lector en la apreciación del choque polémico que más adelante va a presenciarse. Manifiesta Cossio que, versando inicialmente las discrepancias sobre dos o tres puntos básicos, la discusión quedó reducida posteriormente, tras de algunas respectivas aclaraciones de pensamiento, a uno solo, que el jus-filósofo argentino nos presenta dividido en tres problemas, a manera de diálogo con Kelsen: a) *La intuición del Derecho*, tesis ecológica; b) *Norma y regla de derecho*, y c) *Estática y Dinámica del Derecho*, tesis kelsenianas.

El primer problema lo plantea la Ecológica a Kelsen por considerar que éste ha escamoteado, dándola por pretemáticamente resuelta, la aprehensión de la realidad jurídica como objeto de la ciencia del Derecho. Cossio hace una exposición de la tesis ecológica al respecto, con la que trata de mostrar, fundamentalmente, cómo es posible determinar ópticamente el objeto jurídico —deslindándolo del campo de lo a-jurídico— por la intuición de la conducta humana en su libertad, sin que para ello se haga necesario recurrir a la norma. *El Derecho*, como objeto de conocimiento, *es conducta humana en interferencia intersubjetiva*. He aquí la afirmación fundamental de la Teoría Ecológica; conclusión a la que ésta llega partiendo, metodológicamente, de una fenomenología existencial de la cultura, cuyo desarrollo es bien conocido de nosotros. Kelsen ha objetado inmediatamente este punto de partida de la Ecológica calificándolo de "metafísico", pues no admite el jurista vienés que la libertad sea un ente con existencia real, ya que supone una excepción sin base al principio del determinismo universal. Cossio objeta a su vez a Kelsen el sustituir una metafísica por otra, la libertad por el determinismo, así como el hecho de que él mismo se ve obligado a hablar de libertad, al convenir en que la ciencia del Derecho no es una ciencia natural. Por esta vertiente, se desliza el diálogo, que adquiere

matices muy sugestivos, pero sin llegar hasta sus últimas consecuencias sobre el problema.

Después, el diálogo toma cuerpo a propósito de la distinción que Kelsen establece entre norma y regla de derecho, para caracterizar las tareas propias del órgano de la Comunidad jurídica y del jurista, como creador y científico del Derecho, respectivamente; distinción que la Teoría cossiana considera como una reduplicación superflua, pues tanto el órgano como el jurista conocen conducta a través de normas. Kelsen objeta la tesis egológica que sostiene que la actividad que realiza la Comunidad a través de sus órganos, en la función normativa de la conducta, es un acto de conocimiento sobre sí misma, así como que dicha tesis pretende derivar la validez del Derecho de su vigencia o eficacia, el deber ser del ser, confundiendo así hecho y Derecho. A lo que la Egología contesta (por voz de José María Vilanova, discípulo de Cossio) que lo mismo hace Kelsen al derivar la juricidad de la primera Constitución de la norma fundamental, que ya no tiene apoyo normativo alguno y que, egológicamente, podría considerarse como la primera mención conceptual del sentido jurídico immanente a la conducta humana. Sigue transcurriendo la discusión sobre otros tópicos fundamentales que por encadenamiento lógico se van imponiendo a los dialoguistas, y cuyo agudo discurso aumenta en forma creciente el interés del lector.

Finalmente, enfoca nuevamente Cossio el problema ontológico del Derecho, ahora para objetar a Kelsen la división que establece dentro del objeto jurídico al distinguir entre Estática y Dinámica del Derecho. Norma y conducta, dice Cossio, son objetos que pertenecen a muy diversas zonas ónticas, por lo que, al atribuirse a ambos la calidad de objeto del conocimiento jurídico, se perturba la unidad de la ciencia del Derecho. Kelsen se defiende nuevamente, pero la explicación que da no satisface a Cossio, y prosigue el coloquio sobre el problema, sin agotarlo.

Termina este Balance, con la referencia tangencial que hace Cossio a diversas ideas que siendo novedades egológicas, Kelsen las aceptó con entusiasmo desde un principio, reconociendo su indiscutible valor y la conveniencia de meditar sobre ellas.

La lectura de este libro deja la impresión de que, hoy en día, la Teoría Egológica constituye la más seria y científica revisión de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, de la que la primera ha aceptado todo lo que es *descubrimiento*, y rechazado sólida y enfáticamente lo que de *construccionismo* ha encontrado en ella. Es más, creo que lleva una ventaja la Egología, aparte de su más completa problemática: Científicamente, tienen los ególogos muy bien puestos los pies sobre la tierra, pues mientras la Teoría Pura parte de una definición racional de su objeto: la norma, la Teoría Egológica arranca de la aprehensión intuitiva de una realidad cultural: la conducta humana, como dato objetivo de su ciencia.

Lic. FAUSTO E. RODRÍGUEZ GARCÍA,
Profesor Adjunto del Seminario de Filosofía
del Derecho.