



LA CRISIS DEL PENSAMIENTO KELSENIANO

Abjuración en Salzburgo

Daniel E. HERRENDORF (*)

I. KELSEN CONTRA KELSEN

Robert Walter, el distinguido discípulo de Kelsen que dirige en Viena el Instituto que lleva el nombre del insigne maestro, escalona el desarrollo de la Teoría pura tomando como hitos estas cuatro obras: Teoría general del Estado (1925), La Teoría pura del Derecho, primera edición (1934), Teoría general del Derecho y el Estado (1945) y La Teoría pura del Derecho, segunda edición, (1960), lo que no significa olvidar algunos trabajos posteriores que es indispensable recordar (1).

En las dos primeras obras late un espíritu de triumfal expansión; en las dos últimas aflora una actitud defensiva. La crisis del pensamiento kelseniano había comenzado en 1941 y estuvo condicionada y determinada a nivel intelectual, por tres motivos:

a) Por su radicación en los Estados Unidos en esa fecha donde lo alcanzó el impacto del Common Law con un pensamiento jurídico imponente por su desarrollo en gran escala, su alto vuelo y su minuciosa información, pero con juristas y jueces, alumnos muy notables, colocados en las antípodas de la "pureza metódica" del normativismo kelse-

niano y transitando todos, sin excepción, los entrecruzados meandros del sociologismo ecléctico, si bien con alguna o con muy escasa idea del auténtico significado filosófico de la Teoría pura del Derecho: data de 1945 el primer libro sobre Kelsen publicado en los Estados Unidos por uno de sus profesores universitarios; se trata de la versión inglesa efectuada por el propio William Ebnstein de su libro La Teoría pura del Derecho escrito por él en 1938 en idioma alemán (2), antes de su radicación en los Estados Unidos.

b) Por las referencias a las ideas y a la semblanza intelectual que Cossio comenzó a divulgar en Buenos Aires del maestro Hans Kelsen. La primera manifestación notable fue un artículo publicado en 1941 con motivo de su expatriación y 60° aniversario, trabajo del que Kelsen tuvo traducción y que conoció perfectamente como lo acredita la larga carta que con este motivo publicó él en el mismo diario porteño el día 29 de noviembre de 1941 (3). Esta semblanza, luego de destacar que la pureza metódica como deber ser era una nueva cópula, le planteaba fenomenológicamente a Kelsen, retomando la idea de él de que la norma era un juicio, la siguiente cuestión: todo juicio mienta algo en la medida en que habla de algo; por lo tanto hay que aclarar qué mienta la norma de la Teoría pura siendo ella un juicio. O sea: respecto de qué dice la norma lo que ella como conocimiento normativo enuncia.

Resultó que nadie, hasta el nacimiento de la Teoría egológica, nunca había planteado a Kelsen una cosa semejante hasta ese momento, ni él tampoco se la había planteado para sí. Pero todo el que ha seguido la trayectoria del pensamiento kelseniano, sabe que la pregunta que dó viva en su espíritu hasta el final de su vida; por eso

Cossio aseguraba que la aludida semblanza intelectual promovida por él tuvo una importancia mayor de lo que se le ha dado por quienes pudieron conocerla directamente. Y la verdad es que Kelsen marchó sobre su colapso porque las respuestas que ensayó no le resultaron con vincentes ni a él mismo.

c) Y también resultó relevante para Kelsen el pensamiento iusfilosófico escandinavo, principalmente el de Karl Olivecrona y Alf Ross, desde que fueron vertidos al inglés Law as Fact del primero en 1939, y Towards a realistic Jurisprudence en 1946 y On Law And Justice en 1959, del segundo.

Y bien; con esas referencias se puede señalar perfectamente cuál es la médula de la crisis que comienza a resquebrajar el pensamiento de Kelsen; hasta esta fecha, la norma jurídica era la significación cognoscente; después de esta fecha la norma jurídica comienza a ser el objeto a conocer por el jurista. Y no cabe superponer ambas nociones con pretensión de una síntesis porque se estaría diciendo que la norma jurídica conoce normas jurídicas.

Frente a esto la Teoría egológica sostiene que la norma jurídica como significación cognoscente tiene como objeto a conocer la conducta humana en su interferencia intersubjetiva en cuanto fuere la conducta única resultante donde cada uno siempre está impidiendo o no impidiendo algo al otro. Kelsen nunca aceptó esta tesis pero tampoco la comprendió.

Creyó que era un retorno al sociologismo con la consiguiente quiebra de la puerza metódica que él canonizó prescindiendo del ente y que había sido el talismán de todos sus triunfos reales o aparentes.

De cualquier modo quedaba por ver de qué manera respondería él en definitiva a la pregunta egológica de 1941. Pero además, otra cosa: la crisis se extendería desde esta base a otros aspectos de la teoría kelseniana hasta borrar completamente la imagen inicial de ella. Veamos, pues, los dos momentos —1945 y 1949— en que Kelsen libra sus dos grandes batallas defensivas todavía con la esperanza de evitar el colapso de su normativismo.

La Teoría general del Derecho y del Estado, que sale a la luz en 1945, trae la esperada respuesta de Kelsen para aquella cuestión. Inventa e introduce a este efecto, una distinción entre regla de derecho y norma jurídica. La regla de derecho expresa el pensamiento del jurista y es conocimiento, es decir, es verdadera o falsa; la norma jurídica es la formulación que efectúa un órgano (legislador o juez) y es, como pensamiento, una valoración subjetiva, esto es, ideológica; puede ser justa o injusta, útil o inútil, pero de ninguna manera verdadera o falsa. Ningún órgano de Derecho conoce nada jurídico con la norma que emite, porque la norma, no siendo un juicio, no contiene conocimiento ninguno ni puede contenerlo. La norma es un pensamiento prescriptivo, no cognoscitivo; por eso el deber ser de la norma jurídica puede ser el de un imperativo toda vez que el legislador ordene o mande algo, como lo hace con frecuencia. Sólo que se trataría de un imperativo despsicologizado (acogiendo Kelsen con esto la idea sociológica del imperativo personal o "independiente" sustentada por Olivecrona (4). En cambio quien conoce el Derecho es el jurista y sólo él; su pensamiento es cognoscitivo, no prescriptivo; la significación jurídica cognoscente está en la regla de Derecho, siendo la norma jurí

dica el objeto jurídico a conocer por el jurista. Esta fue la esperada respuesta de Kelsen.

Con ella Kelsen pagaba un precio demasiado elevado para salvar la integridad de su doctrina y singular significación pues retrocedía al imperativismo y aceptaba su horizonte sociológico: resultaba casi increíble esta inesperada renuncia al antiimperativismo que era uno de los grandes definitorios de la Teoría pura del Derecho en su auténtica versión prístina, y en donde el deber ser lógico de la pura significación normativa había evidenciado su papel kelseniano en forma insuperable. La norma de la que ahora Kelsen hablaba, era norma en cuanto a su denominación, pero obviamente era un imperativo en cuanto a su ser. Antes la norma kelseniana, mostrando una peculiar esencia era, en cuanto a su ser, una imputación lógica y nada más. El verbalismo denominativo de ahora podía provocar la ilusión gramatical de que la Teoría pura del Derecho se atenía como antes, a las normas y seguía siendo un normativismo. Pero ningún jurista cayó en el pueril engaño y en todas las universidades del mundo se comentó con sorpresa --y se comenta todavía-- este cambio de frente kelseniano (5).

Naturalmente que a pesar de esta mutilación que para la Teoría pura significaba la admisión del imperativismo, Kelsen, con la distinción en regla de derecho y norma jurídica, contestaba en cierta medida la pregunta egológica de 1941 y parecía haber salido del aprieto fenomenológico en que esta pregunta lo había colocado. Le cabía el derecho, claro está, de reconocer como un error su actitud anterior contraria con el imperativismo; y también el derecho de teorizar la experiencia jurídica con el resto de la Teoría pura del Derecho: en la medida en que este res

to estuviera incluida la esencia de dicha Teoría, Kel
sen podría seguir siendo el mismo que hasta entonces
había sido en el mundo de las ideas jurídicas.

Kelsen había perdido la batalla en 1945 pero, no fue
aniquilado; no fue arrinconado ni puesto entre la espa
da y la pared; todavía tenía, al parecer, libertad de
movimientos dentro de su propia Teoría; e incluso Alf
Ross vino en su ayuda seducido por la distinción entre
regla de derecho y norma jurídica. Pero, eso sí, esa
batalla perdida dejaba este saldo a favor de la Teoría
egológica: hay que la defensa del antiimperativismo ex
presado por la prístina Teoría pura como cosa consustanci
ada con la cientificidad de la teorización jurídica,
está, esa defensa, exclusivamente en manos de la Teoría
egológica y siempre sustentada por los mismos argumentos
que ésta dio desde la primera hora; es decir, desp
pués que Kelsen ha abjurado de aquella su defensa por
haber adherido a la tesis imperativista, tal defensa re
sulta ser hoy patrimonio exclusivo de la Teoría egológi
ca, lo cual permite afirmar que la autenticación egoló
gica de Kelsen de que aquí se habla, era correcta desde
un principio, al menos sobre este tópico del imperativismo,
en cuanto que esa autenticidad de antaño hoy sigue
integrando el pensamiento egológico y ya no más el pensami
ento kelseniano.

Hoy el pensamiento egológico se defiende a sí mismo
con la prístina teoría por él autenticada en su exclusivo
valor lógico, tanto como la Teoría pura también se de
fiende ella misma hoy con la Teoría egológica porque am
bas son, respecto de ese valor lógico, la misma cosa hoy
como ayer; lo cual Kelsen no lo podría decir para sí,
pues la prístina Teoría pura no está defendida sino atata

cada por la nueva Teoría pura, en lo tocante al tema del imperativismo.

Estamos ahora en 1949. Kelsen, invitado por la facul
tad de Derecho de Buenos Aires, llegó a dictar un curso sobre problemas escogidos de su célebre Teoría y con ese motivo se encendió una fulminante polémica de enfrentamiento entre la Teoría pura y la Teoría egológica. No tengo noticias de que en las universidades de nuestro subcontinente haya habido alguna vez nada parecido a es
to por la resonancia mundial y la trascendencia teorética que alcanzó este enfrentamiento. El más renombrado de los juristas europeos y a buen título maestro en el mun
do entero, condescendía en llegar hasta esta periferia del mundo occidental a discutir sus ideas públicamente y de viva voz. Realmente Kelsen honró con esto en forma excepcional a toda la América Latina. Con todo, la bata
lla para él, dado los términos de la polémica, se presen
taba como algo decisivo pues en la nueva Teoría pura no había espacio para la idea egológica ni en la Teoría egológica había espacio para la idea de la nueva Teoría pu
ra. Kelsen creía que su triunfo era fácil y sencillo. No le vino a las mientes que la lucha podría resultar la de Goliat y David (6).

La batalla de 1949 presentaba una gran diferencia con la batalla de 1945. En la de 1945 no se discutió la pro
pia distinción "regla de derecho — norma jurídica"; sólo se mostró una paradójica consecuencia de aquella distinción en cuanto que se integraba con una mutilación de la Teoría pura respecto de algo muy importante (el antiimperativismo) que la había estado definiendo durante toda su trayectoria anterior.

La batalla de 1949 en cambio, desplegada como enfrentamiento egológico puso en evidencia que aquella distinción es incompatible con el deber ser lógico constitutivo de la esencia de la Teoría pura del Derecho; ese deber ser definitorio de la pureza metódica y al cual la Teoría pura no puede renunciar sin renunciar también a sí misma porque en él está llena toda entera y sin él no queda de ella ni la sombra. En 1949 Kelsen se encontrará forzado a optar entre el deber ser meramente imputativo, que es su verdadero timbre de gloria, y la distinción "regla de derecho -- norma jurídica". Si esta distinción anula el deber ser imputativo y si este deber ser es en rigor la razón de ser la Teoría pura, Kelsen quedaría acorralado en la batalla y puesto entre la espada y la pared. Por eso la batalla de 1949 era y fue para él decisiva.

En efecto; la egología le formuló esta pregunta: Distinguiendo entre "regla de derecho" y "norma jurídica", ¿dónde ubica Ud. el deber ser imputativo de la Teoría pura, en la regla de derecho o en la norma jurídica?

Pues caben tres posibilidades y no más:

a) El deber ser está en los dos términos; lo que resulta entonces una visible reduplicación que expresaría lo siguiente: la regla de derecho conoce reglas de derecho; o si se prefiere, que ahora ya es lo mismo: la norma jurídica conoce normas jurídicas.

b) El deber ser está únicamente en la regla de derecho; lo cual significa que el Derecho --él es la norma-- no sería un deber ser o no estaría en la esfera del deber ser, en contra de lo que Kelsen ha enseñado siempre y en todos los tonos.

c) El deber ser está únicamente en la norma jurídica, que es el Derecho; lo cual significa que de la Teoría pura había desaparecido la pureza metódica, la cual, de estar en alguna parte, sólo puede estar en la regla de derecho que como pensamiento descriptivo enuncia el jurista y sóloamente él.

Kelsen nunca logró una respuesta para esta alternativa, pero recibió un impacto que no cesó de corroerlo como lo ha advertido con tanta sagacidad la profesora Mari^ulia Muricy Machado Pinto refiriéndose a la segunda edición (1960) de La Teoría pura del Derecho, cuyas entrelinas son de fácil captación para todo iusfilósofo egológico.

Pero el desenlace, sorprendente y patético, llegaría en 1963 como se verá. Antes, sin embargo, se pudo ver el creciente deterioro de la Teoría pura originaria y hermética, al parecer incluso intocable atento a las reacciones polémicas de un Kelsen histérico, si destacamos las alteraciones que este libro introduce con relación a la estructura lógica de la norma jurídica mantenida por Kelsen durante el período 1911-1960 y explicada por sus más ilustres discípulos de la primera hora como Frit Schreier y Erich Kaufmann.

Como es sabido Cossio presentó desde su Teoría Egológica (1944), un esquema estructural de la norma jurídica por su logos que tenía la triple pretensión de ser una norma completa como esquema, una disyunción atómica como juicio y un enlace de diez conceptos como estructura. A este esquema se lo obtuvo tomando la actitud filosófica frente a un concreto dato jurídico cualquiera, esto es, sometiéndolo a una abstracción ideatoria para buscar su esencia, eliminando lo que no significara eliminar la

idea conductora y agregándole a ésta lo que resultase necesario de acuerdo a sus esencias genéricas, hasta ver la totalidad inmanente de esa idea en la idea misma, pues bien podría ser que el dato inicial de la pesquisa fuese sólo un fragmento de tal totalidad.

Aquí nos interesa únicamente la pretensión egológica de referirse a la norma jurídica completa (7), pues Kelsen recién en 1960 advierte que su esquema normativo es incompleto e intenta completarlo; pero como no se pone en filósofo, procede a tanteos como científico y sus enmiendas lucen como parches. Así nos dice que también hay normas jurídicas categóricas pues no siempre la norma jurídica es hipotética (sic); y luego que el concepto de "deber" incluye no sólo la acepción de "ordenar" sino también las de "autorizar" y "permitir" y finalmente también la de "derogar" (8).

En consecuencia, también sobre este punto la idea de autenticar el esquema normativo de Kelsen es una idea válida; otro asunto es determinar si la anticipada autenticación egológica es correcta, como creen los juristas que de ella se sirven en sus tareas técnicas y didácticas, o si no lo es, como han dictaminado los escolásticos de la lógica deóntica.

Y llegamos a 1963. En Salzburgo se reúne un simposio de los más notables juristas e iusfilósofos de Europa. Kelsen con sus 82 años y en plena lucidez mental, es la figura prominente. Es un verdadero patriarca; tiene algo que decir y ha concurrido para decirlo. Nadie sospecha que va a retractarse públicamente de su teoría de la norma fundamental, el tema que condensa y donde se apoya toda la construcción kelseniana. Lo hizo expresándose de esta manera: "Una norma no es ni verdadera ni falsa, es válida o

no válida. Y no hay ningún tipo de paralelo o analogía entre la verdad de una proposición y la validez de una norma. Subrayo esto en deliberado contraste con una opinión comúnmente aceptada, y también defendida por mí durante mucho tiempo... En obras anteriores he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no debo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante dédas. La he abandonado al comprobar que una norma(Sollen) debe ser el correlato de una voluntad (Wollen). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de volición ficticio... En la norma básica se concibe un acto de volición ficticio, que realmente no existe"(9).

Si esto que acaba de leerse fuese la palinodia que literalmente se lee, entonces la Teoría egológica, con su autenticación de la originaria Teoría pura, viene a quedar de única heredera de ésta a pesar de aquella hoy caduca oposición de Kelsen. Los hechos habrían probado que la Teoría egológica autenticó correctamente también el supremo y decisivo tema de la norma fundamental, intuído bien y concebido mal por el insigne maestro austríaco. Autenticar significa conducir algo a su propia verdad; lo que en tal caso, según se verá más adelante, comportaría una incorporación por absorción de la prístina Teoría pura por la Teoría egológica. Por eso conviene dar más detalles de tan insólito acontecimiento, el cual no resulta del todo claro dentro de la incompleta informa-

ción que de él se tiene, a pesar de los años transcurridos.

Un destacadísimo iusfilósofo brasileño, el profesor Lourival Vilanova, en su importante ensayo Teoría da Norma Fundamental: Comentários á margem de Kelsen (10), dedica varias páginas a este episodio. Lamenta no haber podido leer la revista donde aparecieron las actas del simposio de Salzburgo. Pero además de referirse a Ross y transcribir parte del pasaje de éste que hemos transcritos con mayor extensión, destaca que Karl Leiminger en su reciente libro La problemática de la Teoría pura del Derecho (1967) se refiere a la norma fundamental "sin tomar mucho en cuenta la modificación efectuada por Kelsen, que Leiminger coloca significativamente entre comillas comentando "que esta modificación no contribuye precisamente a la clarificación del concepto". Del mismo modo, siempre según Vilanova, procede Raimund Hauser en las págs. 85/91 de su libro Norma, Derecho y Estado (1968) dedicado también a la problemática kelseniana de la Teoría pura del Derecho. Y finalmente Norberto Bobbio, en la reedición (1970) totalmente reelaborada de su libro Estudios para una Teoría general del Derecho (1955), "ni siquiera toma en cuenta la innovación del último Kelsen", según destaca el profesor brasileño.

Esta actitud de tres autores tan importantes da que pensar y denota alguna ambigüedad en el acontecimiento mismo. Por ejemplo, podría ser que ellos no conocieran suficientemente el episodio de la palinodia de Kelsen o que no lo conocieran en absoluto; podría ser también que prescindan de ella y se atienen a la prístina Teoría pura porque ésta contiene un revolucionario mensaje teórico de que carece la nueva Teoría pura; podría ser, en

fin, porque ellos le dan, a la palinodia de Kelsen, otro significado que nosotros no conocemos por faltarnos la pertinente información. De cualquier manera el profesor Lourival Vilanova emite al respecto una opinión muy cautelosa y prudente, pero tremenda por el telón de fondo que lo proyecta. Cierra su capítulo con estas palabras (pág. 154): "Pensamos, sin riguroso análisis --por lo tanto, provisionalmente-- que esta alteración no es tan radical que signifique eliminar la hipótesis de la norma fundamental. Que si fuese eliminada, la Teoría pura del Derecho perdería su fuerza. Dejaría de ser teoría normativa y perdería el carácter de una fundamentación epistemológica del conocimiento dogmático del Derecho".

Por mi parte me inclino a creer que la opinión de Ross, con ser tajante, se corresponde más fielmente con la realidad. Las palabras de Kelsen nos muestran a un hombre consternado y son demasiado patéticas para referirlas a algo que no fuese de suma importancia dentro de su vida intelectual. Por su parte Ross, que cita de primera mano las cartas del simposio de Salzburgo, pone un énfasis inequívoco de cirujano en lo que manifiesta antes y después de transcribir las palabras de Kelsen que contienen las actas; manifestaciones las de él que condicen con algo definitivo e importante pero de ninguna manera con una fruslería o cosa pasajera. Dice antes Ross, (op.cit. pág. 146): "Con una apertura mental admirable, Kelsen ha revisado posteriormente sus ideas de modo que, en mi opinión, reconoce la solidez de mi crítica". Y dice después (op. cit. pag. 147): "Pero la revisión no puede parar aquí. Como se ha mostrado antes, en el § 8, las ficciones no sirven de nada en el conocimiento. Una vez que está claro que la idea de norma básica no puede mantenerse como pre-

requisito cognoscitivo necesario, como postulado del pensamiento jurídico, y que no corresponde tampoco a ninguna realidad, hay ya que ir hasta el final: debe abandonarse la doctrina de una norma básica". (El primer subrayado es de Ross, el segundo es mío). Esto es decisivo desde dos ángulos:

Primer ángulo: Kelsen no ha renunciado a toda norma fundamental. Ha renunciado --renuncia terminante e inequívoca-- a toda norma fundamental intelectiva, es decir, cognoscente en cuanto que presupuesto categorial de la teoría del pensamiento normativo y por lo tanto emergente de un puro acto de pensamiento normativo como el contenido significativo deberoso (mero deber ser) de este acto. Siempre que Kelsen ha hablado de su norma fundamental, se ha referido a esto y es esto lo que queda alcanzado por su renuncia de Salzburgo. Pero allí mismo pretende sustituir esa norma fundamental intelectiva por una norma fundamental volitiva emergente de un puro acto de volición como el contenido significativo de este acto. Esta nueva norma fundamental que propone Kelsen vendría a ser algo así como la categoría de la actuación de la voluntad normativa, pero no ya la categoría de la teoría del pensamiento normativo, como era el caso de la anterior norma fundamental. Sólo que en el nuevo planteamiento kelseniano sería un intrínseco contrasentido hablar también de hipótesis gnoseológica para referirse a la norma fundamental volitiva, por cuya razón tiene que hablar de ella como de una ficción en forma tan dislocada, que reduce su intento a vacía paradoja y muestra en él un descontrol construccionista para el cual no tiene mucho sense ir a las cosas mismas.

Contra esta norma fundamental volitiva reacciona con razón Ross quien pide el abandono de toda norma fundamental, frente a la nueva pretensión kelseniana de referirse a una norma fundamental ficticia basada en un acto de volición ficticio que realmente no existe. Pero esta petición de Ross de "ir hasta el final" implica con toda claridad la palinodia de Kelsen en un momento anterior de ese mismo simposio, respecto de su norma fundamental intelectual. Que era el punto específico que deseábamos dilucidar.

Segundo ángulo: Este concierne a la tesis egológica que Ross verosíblemente no conoce. Ross declara --me permití subrayar su expresión-- que si alguna realidad corresponde a una norma fundamental, entonces no procede impugnarla. Pero éste es el caso de la norma fundamental en abstracto autenticada por la Teoría egológica, al concebirla como el estilo de pensar del jurista en la función de unidad sistemática (por lo cual se despliega como sistematización unitaria). Este estilo de pensar, según ya lo hemos visto, es un hecho real al cual ni Ross ni jurista alguno puede renunciar. La impugnación a Kelsen que efectúa Ross no la puede efectuar contra la Teoría egológica. Aquí también resulta válida la autenticación egológica de la prístina Teoría Pura del Derecho.

II. EXCURSO SOBRE ALF ROSS

Como hay una excelente traducción castellana de On Law and Justice, de Alf Ross, efectuada por el profesor Genaro Carrió, debo comenzar por una aclaración terminológica que a los fines de este excursu la afecta. No estoy conforme

con que se haya traducido "valid" por "vigente" según ha hecho Carrió ateniéndose a buenas razones meramente lingüísticas. No la acepto porque así el problema que a Ross y a mí nos interesa se escapa y el lector queda sin comprender la cuestión. Como en inglés los términos "validity" y "valid" son ambiguos (a veces validez y válido y a veces vigencia y vigente), la acepción correcta a inteli gir por el lector depende del tema en desarrollo. Y el te ma aquí tanto para Ross como para mí es el de la verdad jurídica, que para Ross está radicado en la aserción del jurista y para mí en la norma (egológicamente entendida) como Ross lo reconoce y puntualiza perfectamente bien, pero que sólo puede puntualizar y no discutir por ignorar el desarrollo egológico (11).

Para comprender el problema de Ross y su opuesta solu ción, comienzo por destacar que la validez lógica es el peculiar nombre que se da a la verdad lógica. Decir, como dicen algunos, en que la lógica no hay verdad ni falsedad sino sólo validez e invalidez, es una grosera ceguera gn seológica prendida a una cuestión de lenguaje. La verdad definida como adaequatio rei et intellectus permite ver demostrativamente que la validez lógica es el peculiar nombre que recibe la estricta verdad lógica.

Ahora bien; Ross reconoce en la citada nota de su libro que el primer Kelsen y también la Teoría egológica, ven en la ciencia del Derecho un conocimiento normativo en el sen tido de que cabría la expresión significativa mediante nor mas porque éstas serían pensamientos descriptivos (aserti vos en el lenguaje de Ross) y no prescripciones como dirá el segundo Kelsen o directivas como dice Ross.

El maestro danés refuta el primer Kelsen, quien ya ha- bría cambiado de posi ción, afirmando que el único significa



do sostenible para proveer de un contenido a la ciencia del Derecho, es que el conocimiento que hubiere en ella versara sobre las normas mismas, esto es, que las normas en cuanto que directivas fuesen el objeto a conocer por el jurista. La refutación hasta aquí le es fácil porque el propio Kelsen, al distinguir "regla de derecho" por un lado (aserción en el lenguaje de Ross) y "norma jurídica" por otro (directiva en el lenguaje de Ross), le está dando la razón en cuanto que ahora también para Kelsen la norma jurídica sería el objeto a conocer. Pero, Ross, con implacable coherencia, refuta así mismo al segundo Kelsen no sólo por la inadecuación lingüística de llamar "regla" a un pensamiento descriptivo, sino porque principalmente con hábil ambigüedad da por sentado que la mención objetiva que la regla efectúa acerca de la norma jurídica sería también "un pronunciamiento acerca de lo que debe ser y no un pronunciamiento acerca de lo que es", para lo cual, esto es para encubrir su incoherencia, Kelsen hace el juego de palabras de llamar ocasionalmente a la "regla", "norma en sentido descriptivo de la palabra".

Esta refutación no alcanza a la solución egológica — Ross, claro está, tampoco lo pretende puesto que no la conoce —, la cual, autenticando a la prístina Teoría pura, puede y debe afirmar que la norma, por ser un deber ser lógico, es un pensamiento asertivo y descriptivo del deber ser existencial de la conducta fenoménica. En tal sentido la norma mienta la conducta humana en la medida en que ésta se fenomenaliza como "el poder ser una posibilidad siendo la posibilidad que llega a ser" (Heidegger).

Este planteamiento escapa a la objeción de Ross cuya posición, según veremos, es en sí misma pueril e ilusoria como solución del problema relativo a lo que por el conocimien

to jurídico resulta conocido. Para entender la razón de la solución egológica hay que percatarse de que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma y de que únicamente el pensamiento normativo puede ser este pensamiento de la conducta misma que a ella la integra, en la medida en que la conducta es libertad fenomenalizada. Siendo esto así, se comprende también que si bien Kelsen, Ross y la Teoría egológica pueden afirmar con razón que no hay ninguna validez jurídica de conducta si no la acompaña un mínimo de vigencia al respecto, en cambio sólo la Teoría egológica puede decir a la par que no hay ninguna vigencia jurídica de conducta si no la acompaña también un mínimo de validez al respecto. La vigencia como sustrato jurídico de una validez y la validez como logos jurídico de una vigencia están dadas a la par para el sujeto cognoscente quienquiera fuere, en la conducta que como objeto a conocer el jurista conoce; quien a este efecto puede ser, sin duda, un mejor conocedor pero no el exclusivo conocedor del Derecho. Y esto, hablando de vigencia jurídica y de validez jurídica, no sería así si la conducta no se integrase con el pensamiento normativo de sí misma. Los movimientos de Incitato al desplazarse tuvieron una vigencia o efectividad de acuerdo a su naturaleza equina; pero ya sabemos que tal vigencia no fue ni podía ser una vigencia jurídica. Lo mismo el deambular de un sonámbulo por una cornisa tiene una vigencia de acuerdo a su estado, pero tampoco se trata de una vigencia jurídica por ser una actuación sin personalidad y no meramente exenta de responsabilidad, es decir, una actuación sin autoría ni egología.

Aquí no tratamos de reiterar la fundamentación de la tesis egológica a estos respectos en este momento. Tratamos sólo de señalar:

1) La total discrepancia de Ross con el Kelsen de 1934 y la parcial discrepancia con el de 1945, pues la aceptación kelseniana del imperativismo de Olivecrona está expresado en 1945 con un lenguaje de disfraz cuando dice "norma jurídica", tanto con Ross cuando éste se refiere a lo mismo con un vocable más adecuado y también no teorético diciendo "directiva". En tal sentido Ross sólo nos ofrece la misma teoría para el Derecho en este punto clave, que el segundo Kelsen pero pensada con más coherencia y mejor lenguaje.

2) El tercer Kelsen, el de la norma fundamental volitiva de 1963, está rechazado por igual y por el mismo motivo tanto por Ross como por la Teoría egológica. Esta norma fundamental, siendo una expresión de voluntad, no puede ser un acto gnoseológico en cuanto que fuere pura voluntad como lo requeriría su naturaleza categorial. Sólo le cabe ser o un hecho o una ficción. Si fuese un hecho, Kelsen --que ha desterrado de su mundo intelectual el tema de la libertad-- no puede pretender que sea un hecho primero, que no los hay en la serie causal con que él se maneja; y si fuese una ficción, no sabemos en verdad de qué se habla ni para qué se la invoca tratándose de dar cuenta de una efectiva experiencia biográfica.

3) La polémica de la Teoría egológica con los Kelsen primero y segundo radica en que Kelsen, habiendo anunciado el papel cognoscente de la norma jurídica en cuanto juicio (pensamiento descriptivo y teorético en ella misma), no ha encontrado manera de consumir este planteamiento gnoseológico bloqueado por su propia iusfilosofía, salvo con la tesis, vacía y paradójica, de que la norma conoce normas. La Teoría egológica, en cambio, lo ha consumado sin dificultad mostran

do que la relación primaria entre norma y conducta es la relación gnoseológica dentro de una gnoseología del deber ser.

4) La discrepancia de Ross con la Teoría egológica, a lo que se puede colegir, radicaría en que Ross niega a la norma toda función cognoscente. Ella queda reducida a una directiva verbal destinada a ejercer influencia y nada más. En vez de contener un pensamiento asertivo y descriptivo, su pensamiento es un mero pensamiento prescriptivo carente de significación representativa de algo dado en la experiencia jurídica.

5) La discrepancia de la Teoría egológica con el pensamiento de Ross tiene sentido inverso, o sea, afirma la naturaleza cognoscente del pensamiento normativo y presente a la llamada ciencia dogmática del Derecho como un conocimiento normativo con rango científico. Y por eso puede, además, mostrar el error de la concepción científica de Ross, cosa que pasamos a evidenciar por ser precisamente el motivo específico de este ensayo.

En efecto: si a Ross le parece válida y en consecuencia fecunda la distinción kelseniana de 1945 entre regla de derecho y norma jurídica que él, con lenguaje más adecuado, llama aserción y directiva respectivamente, tiene que asumir en forma convincente, la tarea de mostrarnos esa diferencia mediante las correspondientes expresiones en forma tal que cada expresión muestre todo lo que sea necesario ver. En este caso las meras enunciaciones nos convencerán por parecernos suficientes en todo sentido. Veamos, pues, cómo Ross cumple esta tarea.

Usaré la versión inglesa del libro de Ross porque justa

do que la relación primaria entre norma y conducta es la relación gnoseológica dentro de una gnoseología del deber ser.

4) La discrepancia de Ross con la Teoría egológica, a lo que se puede colegir, radicaría en que Ross niega a la norma toda función cognoscente. Ella queda reducida a una directiva verbal destinada a ejercer influencia y nada más. En vez de contener un pensamiento asertivo y descriptivo, su pensamiento es un mero pensamiento prescriptivo carente de significación representativa de algo dado en la experiencia jurídica.

5) La discrepancia de la Teoría egológica con el pensamiento de Ross tiene sentido inverso, o sea, afirma la naturaleza cognoscente del pensamiento normativo y presente a la llamada ciencia dogmática del Derecho como un conocimiento normativo con rango científico. Y por eso puede, además, mostrar el error de la concepción científica de Ross, cosa que pasamos a evidenciar por ser precisamente el motivo específico de este ensayo.

En efecto: si a Ross le parece válida y en consecuencia fecunda la distinción kelseniana de 1945 entre regla de derecho y norma jurídica que él, con lenguaje más adecuado, llama aserción y directiva respectivamente, tiene que asumir en forma convincente, la tarea de mostrarnos esa diferencia mediante las correspondientes expresiones en forma tal que cada expresión muestre todo lo que sea necesario ver. En este caso las meras enunciaciones nos convencerán por parecernos suficientes en todo sentido. Veamos, pues, cómo Ross cumple esta tarea.

Usaré la versión inglesa del libro de Ross porque justa

mente el lenguaje elegido para la traducción castellana por el profesor Carrió, es inadecuado para percibir la indole del argumento y la magnitud de la crítica que haga valer en contra del maestro danés; más aún, con el texto de la traducción castellana la impugnación egológica carece de sentido pues la palabra "validez" en Lógica siendo, como ya hemos consignado, el peculiar nombre que recibe la estricta verdad lógica, le sirve aquí a Ross para alu-dir a la verdad reflexiva de un problema de reflexión lógica donde se explicita el logos de algo en su significación lógica propia pero que de ninguna manera puede ser la mostración de lo que Ross debería de mostrarnos. La existencia no es reflexiva y la vigencia , siendo existencia, tampoco. Unicamente la conciencia tiene el privilegio reflexivo, esto es, la capacidad de volverse sobre sí para tomar conciencia de ella misma. Nadie puede vivir su existencia reexistenciándola; se vive siempre existiendo directamente. Así, atendiendo a la situación reflexiva a que echa mano, percibiremos a toda luz el error de la formulación de Ross. La impugnación egológica atañe precisamente a un problema de la verdad lógica-jurídica inherente a la norma como aserción acerca de la conducta y descripción de esta conducta que ella así enuncia; opinión que la Teoría egológica definitoriamente sustenta pero que Ross, también definitivamente, desecha. Y a fin de comprender cuánto y cómo la traducción castellana es inepta para mostrar esta impugnación egológica, basta leer el ejemplo de Ross que aparece en la pág.17 de esta traducción --corresponde a la pág.17 también del texto inglés--, donde se destaca cuánto "ayuda al esquema derecho vigente... -valid law- a constituir un todo coherente de significado y motivación". Esta ayuda procede con referencia a la verdad lógico-jurídica como validez lógica pero no con referencia a la vigencia --como leemos en la traca

ducción-- que es existencia. La existencia lo único que acredita de por sí es su propia existencia; y por eso también la vigencia acredita de por sí solamente su propia existencia. La verdad óntica de la existencia no es la verdad ontológica de un consistir. Por eso carece de sentido creer que el Derecho vigente por ser vigente puede "constituir un todo coherente de significado y motivación". Semejante sentido aparece si decimos que el Derecho vigente por ser Derecho puede constituir tal cosa; pues con esto se dice simplemente que el Derecho válido -el Derecho que vale por lo que en su verdad es-, por ser válido puede constituir un todo coherente de significado y motivación. Aquí se trata de la verdad de un logos, esto es, de la validez lógica con que estructuramos como Derecho verdadero los datos existentes, es decir, como Derecho válido por su verdad. (No es por casualidad que todas las palabras denotativas empleadas por Ross en la frase que acabamos de transcribir, presenten un consistir intelectual; no un consistir perceptivo, rememorativo o imaginativo). Y ahora vamos al grano; hemos anunciado que se trata de un problema de reflexión lógica que explicita el logos de algo en su verdad lógica, esto es, en su significación lógica. Esto es lo que Ross presenta, pero con esto no muestra ni puede mostrar lo que debería de mostrar para confirmar su idea de que la norma jurídica es una directiva y no un pensamiento significativo o concepto del deber ser con funciones paralelas a las de un concepto del ser o aserción como Ross llama a éstos.

No hay duda que la distinción entre aserción y directiva es correcta; pero la cuestión es mostrar que la norma jurídica es una directiva. A este efecto, según Ross debemos proceder así: Tomemos una norma del Código Civil, por

ejemplo la del art. 1556; el locatario debe pagar al locador el precio por la locación convenido. Esta es la Directiva D; se trata de una expresión destinada a influir sobre el comportamiento de la gente, carente, sin embargo, según Ross, de un significado de conjunto representativo de ese conjunto en su unidad como algo. (He agregado por mi cuenta las palabras subrayadas con propósito aclaratorio, para evitar el rechazo in limine del pensamiento de Ross por error ostensible, pues "locatario", "locador" y "precio de la locación" tienen un significado representativo de alguien o de algo). La directiva D, esto es, la norma sin normatividad del segundo Kelsen, es el Derecho; ella es la "cosa" que el jurista conoce con su pensamiento asertivo y significativo, pues el jurista, para cumplir su tarea cognoscente, tiene que reformular el pensamiento de la directiva D diciendo lo siguiente: la directiva D es derecho válido. En nuestro ejemplo habría que decir así: el locatario debe pagar al locador el precio de la locación convenido, es derecho válido.

Este agregado, según Ross, muestra lo definitorio de las aserciones del jurista frente a las directivas del órgano (legislador, juez, etc.). Sin embargo, si hubiese que darle a ellas esta forma verbal expresa en un tratado cualquiera de Jurisprudencia cada vez que cupiera hacerlo, la ciencia del jurista adquiriría un tono insufrible a la par que pueril, porque a ese agregado todo jurista lo lleva forzosamente en su intelecto en forma tácita -como Ross no lo niega- y también todo órgano -como Ross lo tiene que negar para no anular su teorización del problema.

Aquí la Teoría egológica hace notar que el pretendido agregado de Ross por virtud del cual una directiva jurídica se transformaría en un conocimiento jurídico, no es en rigor

un reajuste de lenguaje que emerge por explicitación, si no la explicitación por reflexión de algo vivido en el previo conocimiento directo pero no expresado, -Husserl, dándole madurez al cógito cartesiano, "ha mostrado en forma impecable cuánto más hay vivido en una vivencia sig nificativa que expresado en lo que emerge de esa vivencia" (Husserl, Investigaciones Lógicas, V y VI Investigaciones). Sea el juicio A es B. Esta enunciación predicativa es la expresión. Pero si por reflexión nos volvemos sobre la vi vencia en que tal expresión se sustenta, para hacer explí cito lo que al expresarla se ha vivido en íntima y latente unidad con ella, un primer análisis fenomenológico nos ad vertiría que el enunciado involucra una referencia a la verdad y que expresaríamos lo vivido diciendo: "es verdad que A es B", (12). Así, si yo digo "este lápiz es rojo" aserción), una simple reflexión sobre él me advierte que mi vivencia ha vivido un "es verdad que este lápiz es rojo".

Salta a la vista la identidad fundamental del papel y sentido que tienen el "es verdad que" de Husserl y el "es derecho váli do" de Ross. Esta identidad acredita la falacia del planteamiento y desarrollo de Ross. Su aserción no agrega nada a su pregunta directiva. La diferencia -aquella hace patente lo que en ésta es latente- no separa a los dos actos; por el contrario los une porque en lo fundamental son uno y el mismo acto. Ross tiene que reconocer que la norma como de recho válido es una aserción del deber ser si es cierto que la razón práctica no deja de ser razón por ser práctica.

- (1) ROBERT WALTER, El estado actual de la Teoría pura del Derecho, en el volumen Hans Kelsen, pág. 332, N.17; vo lumen de homenaje editado por la Universidad de Valparaíso, (Chile) en diciembre de 1974, bajo la dirección del prof. Agustín Squella.

Para mayor precisión en la búsqueda de las obras mencionadas, valgan estos datos adicionales:

1. Teoría general del Estado fue publicada en español en la magnífica traducción realizada por el maestro Luis Legaz y Lacambra, en Barcelona, 1934, editorial Labor. La siguiente edición la realizó el Fondo de Cultura Económica de México, en 1948, seguramente por influencia de los españoles exiliados. La obra, si bien fue divulgada en nuestro idioma con bastante tardanza, es de 1925 (Allgemeine Staatslehre, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23, Band. Berlin: Julius Springer, 1925). La traducción al japonés se realizó sólo en 1975. (Ippan kokuhogaku, Tokio).

2. La primera edición argentina de Teoría pura del Derecho, la realizó en muy buena traducción el profesor Jorge Tejerina, en Buenos Aires (Editorial Losada, 1941); la primera en español se debió a Luis Legaz y Lacambra (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid) en 1935. El original alemán es de 1934, (Reine Rechtslehre, Leipzig y Viena, F. Feuticke); hay versión italiana (Torino, 1952-trad. de Renato Treves.); japonesa (Tokio, 1935 -Trad. de K. Yokota); coreana (Seúl, 1949 (1ra. ed.; 1952, 2da.; 1953, 3ra. -Trad. de H. Sandok); búlgara (Sofía, 1937 -Trad. de von Jossip); china (Shangai, 1946 -Trad. de Liu-Yen-Ku); inglesa (Band, 1935 -Trad. de Charles Wilson); polaca (Warszawa, 1934 -Trad. de K.W. Kumaniecki); suiza (Jahrgang, 1934); yugoslava (Brno, 1934 - Trad. de Vpalcáv Chityl); entre otras reconocidas por la influencia que ejercieron en las culturas jurídicas de los países que acudían a esta obra. (Se omitieron las reimpresiones y retraducción, o nuevas versiones en idiomas ya mencionados; pero cabe destacar que Teoría pura del Derecho, es una de las obras

que más comentarios bibliográficos ha recibido como obra jurídica; para familiarizarse con la verdadera dimensión de la influencia kelseniana, en la cantidad de referencias bibliográficas a la mano, puede verse el libro también de Robert Walter Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, Manz, Verlag Wien, Austria. No hay versión española).

3. La obra Teoría del Derecho y del Estado, es mucho más que una actualización de la obra de 1925. Es la primera Teoría general verdaderamente merecedora de ese nombre; por supuesto, desde el punto de vista egológico es un trabajo pasible de múltiples críticas; pero Kelsen era un hombre de gran madures intelectual, había desarrollado una Teoría propia, y dentro de ese sistema, esta obra se mueve con verdadera autoridad. Fue publicada en inglés, pues Kelsen ya estaba radicado en Estados Unidos con motivo de la II Guerra (General Theory of Law and State, Century Legal Philosophie Series, vol. I, Cambridge, Mass.; Harvard University Press, 1945; 2da. imp., Harvard, 1946; 3ra., Harvard, 1949; 4ta., New York, 1961; 5ta., New York, 1973). La primera versión española fue la de García Máynez, México, 1950 (imprensa universitaria); hay versiones italiana, polaca y sueca.

4. La segunda edición de Teoría pura del Derecho merece una mención especial; esta segunda edición poco tiene que ver con la primera. Los retoques, supresiones, añadidos, cambio fundamental de vocabulario, y un viraje notorio en la perspectiva hacen de esta obra un trabajo digno de individualizar. Kelsen es, aquí, otro; otro jurista, con otra cabeza, con otras ideas. Cossio encontraba en esta "reedición" la impronta de su Teoría egológica; en los episodios de Salzburgo -que se leen en el texto- se advirtió que los cambios de mentalidad en Kelsen eran ciertos. Esta "se

gunda edición"se hizo en Viena en 1960; la versión francesa, llamada a tener mucha influencia, es de 1962; la italiana de 1966; las portuguesas de 1962 -Portugal- y 1976 -Brasil-; la inglesa de 1967; la finesa de 1968; la primera española de 1966 -Buenos Aires-; la segunda de 1968 -Buenos Aires-; la tercera de 1979 -México-.

- (2) Tomo la referencia del citado volumen de la Universidad de Valparaíso, pág. 384, del testimonio escrito por Albert Ehrenzweig. Consta también allí la frialdad con que se lo recibe en la Universidad de Harvard y el calor con que lo acoge la de Berkeley; un año en la primera como investigador adjunto, que finaliza con una negativa para continuar el contrato; y sin término en la segunda.
- (3) La carta de Kelsen del 29-XI-41 puede leérsela en la Teoría egológica del Derecho, ed. de 1964, pág. 357, N° 47 bis.
- (4) KARL OLIVECRONA, Law as Fact, págs. 42 a 49, London, 1939, ed. Humphrey Milford; y L'Imperativo della Legge, en revista Jus. diciembre 1954, fasc. IV págs. 451 a 467; Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore.
- (5) Este comentario se efectuó en toda la América Latina con singular responsabilidad y minucia, acaso porque al ser introducido por la Teoría egológica el nombre de Kelsen en las universidades del subcontinente, lo hizo comprometiendo en ello la convicción de que Kelsen era para todos el maestro generacional. En este sentido los dos estudios más destacados sobre esta crisis kelseniana pertenecen a dos eminentes profesores brasileños; el de Antonio L. Machado Neto, La lógica deóntica de Kelsen a Cossio, 1970, en revista Scientia Iuridica, XIX, N° 107, texto presentado en 1968 al XIV Congreso Internacional de Filosofía de Viena; y Cossio e Cicourel: Duas contribuicoes a uma ediética sociológica (1970).

- (6) Las conferencias de Kelsen debieron haber salido en libro, en traducción castellana y versión francesa, que fue el idioma en que se expresó el maestro vienés. La versión castellana en edición oficial de la Facultad de Derecho apareció en 1952, por editorial Guillermo Kraft. La versión francesa (originales existentes en el archivo de la Facultad), no apareció nunca; su edición fue bloqueada por el circulillo que rodeó a Kelsen durante su estada en Buenos Aires. Algunas noticias sobre estas desinteligencias pueden verse en las cartas que Kelsen y Cossio publicaron en LA LEY del 18 de diciembre de 1952 - Tomo 68.
- (7) Esta expresión de norma jurídica completa está usada y explicada en la pág. 191 de la primera edición y 360 de la segunda de La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad. En ambos lugares se hace referencia al esquema de Kelsen tachándolo de incompleto en forma muy respetuosa.
- (8) Tomo esta última referencia del ya citado trabajo de Robert Walter, pág. 352, nota 73, quien se remite al ensayo de Kelsen Recht und Logic publicado en 1965. En la nota 72 Walter cita su trabajo Der Aufbau der Rechtsordnung (1964) con críticas parciales a las innovaciones de la Teoría pura del Derecho, segunda edición (1960).
- (9) Texto transcripto por Alf Ross en su obra Lógica de las Normas, págs. 146/7 de la traducción castellana (Madrid, 1971, Ed. Tacnos) y tomado de la revista Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht, págs. 119 a 120, Viena. 1963.
- (10) Lourival Vilanova, ensayo publicado en el Anuario do

Maestrado em Direito, N° 7, págs. 131 a 170, año 1976, Recife (Pernambuco, Brasil).

- (11) Véase a sección (b) de la nota 29 del capítulo I de la versión castellana del libro de Ross. En el texto inglés es la nota 4 del II del Capítulo I.
- (12) COSSIO, Carlos; La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad, ed. cit., pág. 353, Buenos Aires, 1964.