

El principio "nulla poena sine lege" en la axiología egológica (*)

SUMARIO: 1. Conocimiento jurídico e ideología.
2. Remisión al fundamento. — 3. Las sanciones y la verdadera justicia. — 4. Un episodio esclarecedor con el maestro Jiménez de Asúa. — 5. La contribución argentina al pensamiento jurídico actual.

1.—*Conocimiento Jurídico e Ideología*

Toda ciencia cultural, como es el caso de la Ciencia Dogmática del Derecho que es una ciencia de realidades, tiene la intrínseca amenaza de que alguna ideología la desnaturalice y falsifique.

(*) Dentro del panorama iusfilosófico contemporáneo, no sólo americano sino universal, encontramos un movimiento de vasto alcance revolucionario iniciado hace ya algunos años en la Argentina por el Profesor Carlos Cossio. Ese movimiento ha impresionado grandemente a los juristas de todas las latitudes por la profundidad del análisis, la audacia extraordinaria de sus conclusiones y lo dilatado de sus perspectivas. No todo lo que se encuentra en la teoría cossiana del Derecho, es nuevo; pero aun aquello que tiene en ajenas meditaciones su antecedente y soporte filosófico, recibe en la doctrina una claridad insospechada y una comprensión original. A esta altura, en la evolución de su pensamiento, la obra integral de Cossio no se presenta ya en forma fragmentaria y dispersa, sino que ella ha adquirido definitivamente todo el contorno y la consistencia de una doctrina iusfilosófica lo suficientemente vasta y coherente para constituir una verdadera Escuela científica. Las grandes líneas que estructuran la doctrina en su unidad orgánica se hallan cabal y brillantemente expuestas por él en el denso y meduloso libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1944), que constituye, podríamos decir, el Evangelio de la nueva Escuela.

gresar a nuestros conceptos de la realidad científicamente mentada por ellos, no hay, en rigor, conocimiento científico-cultural de ninguna especie. Precisamente, como método gnoscológico, el método empírico-dialéctico (1), al propio tiempo que verifica esa unión entre substrato y sentido de la conducta, asegura el correcto ingreso de los ideales reales a su conceptualización.

Pero conviene insistir. Un ideal real no es lo que personalmente un individuo piense como sentido de su propia conducta, sino lo que ésta expresa - con signo afirmativo o negativo - en función de los sentidos objetivos en que participa el protagonista en razón de su vida existencial. Es decir, que la intervención de los ideales reales es una estricta función de conocimiento para captar una realidad espiritual tal cual es (2).

Esto último funda la distinción entre ideal real e ideología. Pues la ideología, aunque pueda presentarse verbalmente en la forma de un ideal, no cumple ninguna función de conocimiento respecto de los hechos cuyo sentido pretende ser. La ideología ni capta ni asigna sentidos

para todos los que nos preocupamos por el mayor auge y prestigio del pensamiento continental.

Sólo quien escrute con devoción serena y silenciosa los misterios del Cosmos y la interioridad de su propia vida, en noble y desinteresado afán de superación científica, está colocado en posición de descubrir el sentido recóndito de la existencia y las creaciones eternas del espíritu.

Caracas, 25 de mayo de 1948.

Luis Loreto.

(1) Sobre él puede verse: COSSIO, "La Teoría egológica del Derecho", págs. 35 a 43 (Buenos Aires, 1944, Losada) o "El Derecho en el Derecho judicial", págs. 33 a 39 (Buenos Aires, 1945, Kraft).

(2) Ver: E. DURKHEIM, "Juicios de valor y juicios de realidad" en *Revue de Metaphysique et de Morale*, año 1911, p. 450 (Paris) y K. MANHEIM, "Ideología y Utopía" (México, 1941, Fondo de Cultura Económica); esp. págs. 35, 49 y 148.

Pues para comprender en su sentido un acto de la conducta humana, tenemos que tomarlo como expresión

Es de todo punto imposible dar en pocas páginas noticia, siquiera sea aproximada y resumida, del contenido y significación que la teoría cossiana representa para el estudio y la concepción del Derecho. Partiendo del normativismo de Kelsen, o, más precisamente, de los principios sustentados por la Teoría Pura del Derecho — la concepción científica sobre el Derecho más grandiosa y fecunda de todos los tiempos — el Maestro argentino trata de completar y perfeccionar los resultados obtenidos por la Escuela Vienesa mediante observaciones y desarrollos dialécticos originales que en muchos puntos pueden considerarse como definitivamente logrados.

Para Cossio el Derecho es conducta humana en *sa*-interferencia intersubjetiva, esto es, su objeto propio está constituido por acciones humanas, íntimamente articuladas, que se originan en un yo actuante en el mundo, con libertad metafísica, de donde el nombre de *egológica* dada por él a su doctrina. Todos los graves problemas de la filosofía jurídica han sido aconietidos por él con gran pujanza y originalidad; la estructura de la norma jurídica, que concibe no ya como un juicio hipotético sino como un juicio disyuntivo proposicional (endonorma y perinorma); las lagunas del ordenamiento jurídico; la distinción entre norma y concepto; lo óntico y lo ontológico de la conducta, cuyo distingo cobra en su doctrina significación extraordinaria y profunda, etc.

Para estudiar el Derecho en su plenitud óntica y ontológica, Cossio no se ha limitado a contemplar la elemental estructura lógico-formal de la norma jurídica, sino que la aprecia también y principalmente, en su contenido dogmático y valioso (deber ser existencial y deber ser axiológico). Para llevar a cabo este trabajo de investigación profunda, se ha inspirado en los resultados de la filosofía fenomenológica y existencial (Husserl, Heidegger), llegando por sus propios caminos a resultados tan sorprendentes y heterodoxos que han conatado contra su doctrina las críticas de muchos pensadores. Según Cossio, el Derecho en tanto que objeto *egológico*, es distinto de la norma jurídica que es un simple juicio o concepto en el cual se mienta el deber ser existencial constituido por la conducta, y, por lo tanto, la Ciencia del Derecho es una ciencia de experiencia cultural, como que es empírico su objeto. Con tal doctrina pretende el Maestro argentino superar el formalismo lógico kantiano y el normativismo puro, al incorporar los elementos dogmáticos de la experiencia jurídica en el objeto propio del conocimiento científico. Para la gnoseología *egológica* la norma "es un modo de conceptuar la conducta" y nada más.

de algo. Y este algo, por ser la conducta un fenómeno de co-existencia, es el conjunto de creencias, aspiraciones,

Una de las cuestiones fundamentales a cuya elucidación ha dedicado Cossio enjundiosas y admirables páginas, ha consistido en determinar la naturaleza y realidad íntima de la función que cumple el juez en el acto de sentenciar. Para él, siguiendo en esto a Kelsen pero sobrepujándolo en resultados, al valorar el juez el elemento dogmático y contingente de la experiencia jurídica que constituye la materia de la decisión, individualiza la norma jurídica en la sentencia, con lo cual queda así descartada la labor exclusivamente lógica de mera subsunción, puramente formal y externa, que la teoría dominante le asigna. Esta construcción ha dado pábulo para afirmar que la teoría egológica conduce, necesariamente, a sustentar en el plano científico los mismos postulados que sirvieron de soporte y asidero a las concepciones jurídicas de los regímenes totalitarios y a todas sus consecuencias e implicaciones. En el trabajo que hoy acogen las páginas del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el ilustre Maestro rebate vigorosamente esa imputación por no corresponder a la esencia misma de la doctrina egológica, ya que ese atributo no le conviene y no es otra cosa que el resultado de ideologías introducidas de contrabando en el plano elevado y neutral de la especulación científica, en el cual todo investigador realmente serio y responsable debe despojarse de sus *idola theatri* para tratar la materia estudiada con objetividad y pulcritud de método.

Es sabido de todos cómo la teoría política del nacionalsocialismo se valió para estructurar sus construcciones jurídicas de los resultados obtenidos por la filosofía existencial que, en el terreno del derecho penal, culminó en la famosa Novela Günter de 1935, la cual acogió, de *iure condito*, la "creación jurídica por aplicación analógica de la ley penal", con lo cual quedó descartada positivamente la máxima inconcusa de la filosofía liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La posición ideológica del nacionalsocialismo lo llevó desde sus comienzos a desgajar de los postulados de la "filosofía perenne" todo aquello que no correspondiera más a la concepción existencial del espíritu popular. De allí que en el terreno jurídico el régimen nazi afirmara la necesidad dialéctica y ontológica de comprender al Derecho en el momento irracional de su realización histórico-concreta (*Recht hier-jetzt-so*) (von Schweinichen). Fué sobre esa convicción política del Derecho y del Estado que apareció, entre otras cosas, la ley van der Lubbe, y, posteriormente, la ley Giesel

Pero, ¿podrá afirmarse sin abandonar una neutral y decorosa posición científica que siempre que un sistema filosófico sostenga

sentimientos, etc., que, como ideales reales para programar nuestras vidas, están vigentes en la sociedad en un momento histórico dado.

que la sentencia judicial crea derecho se ha colocado, necesariamente, en el centro de una concepción totalitaria? ¿Del hecho histórico que una determinada filosofía política se valga de los resultados alcanzados en investigaciones científicas podrá deducirse, sin más, que tales resultados, apreciados en su objetividad, han de ser la expresión necesaria de esa determinada filosofía política? A este respecto es muy ilustrativo recordar que la teoría según la cual el juez es creador de derecho, tiene en la historia de las ideas una raíz casi secular, no habiendo sido especialmente lucubrada por sus propugnadores para servir de disimulado sillar a ninguna contrucción política. Esa teoría de la función creadora de la sentencia surgió en forma científicamente definida y precisa cuando, a mediados de la segunda mitad del pasado siglo (1885), Oscar Bülow estudió a fondo, por primera vez, la función y la naturaleza del acto de sentenciar, habiéndola defendido posteriormente gran número de ilustres e insospechados autores (Wildhagen, Danz, Düringer, Rumelin, Schlossmann, etc.), y ello cuando ni siquiera apuntaba en el panorama político del mundo la más tenue sombra de doctrina totalitaria alguna. De allí que no parezca justo ni correcto en el plano puramente científico discutir la validez de una doctrina valiéndose para criticarla de argumentos sacados de su pretendida posición antiliberal. Sería mejor y más noble tarea objetarla en sus fundamentos; estudiarla en sus puntos de partida; analizarla en sus bases gnoseológicas y en los variados caminos y secuencias de su desarrollo dialéctico. Así, podría problematizarse si la teoría fenomenológica de las esencias tiene realmente alguna importancia científica para el conocimiento del Derecho; si existen conceptos jurídicos a priori; si es o no científicamente utilizable y provechoso el método fenomenológico o la filosofía existencial en el estudio del fenómeno jurídico; si objeto propio del estudio del Derecho es la conducta humana o la norma jurídica, etc. He aquí una serie ininterrumpida de cuestiones que se alzan como aporías en los senderos invisibles de toda conceptualización iusfilosófica.

La sentencia que pone Schiller en boca de Franz Moor, en *Los Bandidos*, según la cual el derecho pertenece al más poderoso y nuestras leyes son los límites de nuestra pujanza, no podría, ciertamente, ser colocada por la teoría egológica en los labios de un juez. Basta ría este trabajo del Maestro argentino para demostrarlo.

Ha sido en la misma zona cultural de su país de origen en donde la doctrina egológica ha encontrado sus más firmes adeptos, así como también sus más decididos impugnadores. Ella ha tenido am-

Los ideales reales, así entendidos, son un componente ineludible del conocimiento cultural. Sin hacerlos in-

plia y calurosa acogida en un gran número de jóvenes juristas argentinos, particularmente en aquellos especializados en el derecho penal y en el derecho público general. Recientemente, la doctrina ha extendido su avasallador señorío al campo del derecho procesal civil, encontrándose influenciados por ella en esta última disciplina, ilustres valores del pensamiento jurídico continental como son Couture, en el Uruguay, y Carnelli, en la Argentina. Nieto Arteta, en Colombia, le ha dedicado enjundiosos estudios para explicarla y profundizarla. Entre sus opositores cabe señalar en la Argentina a Bruera y a Sebastián Soler, y en México a Eduardo García Máynez, a Laborde y a Rosina Villegas. Como se advierte, el panorama de influencia y discusión es todo un Continente!

Ante el embate reiterado de las ideas contrarias, particularmente de aquellas lanzadas desde plataformas ideológicas, se hacía necesario que el propio artífice de la doctrina egológica dijera la auténtica palabra. El artículo que se publica está destinado a pronunciarla y se ha hecho en forma tan precisa que no deja espacio para dudas. La fundamentación filosófica de la doctrina cossiana, claramente establecida en este artículo, conduce necesariamente a sostener que las sanciones típicamente penales (criminales) se desvían del criterio de **igualación** que es la esencia misma de la verdadera Justicia y son, por lo tanto, irracionales. De allí que el desarrollo dialéctico de ese pensamiento nuclear lleve a repudiar la analogía jurídica en materia penal, por cuanto no es racional extender lo irracional, quedando así confirmado en el terreno axiológico y existencial, por el principio supremo de razón suficiente, el principio expresado en el axioma "nulla poena sine lege". Queda así, a lo menos en el pensamiento de su autor, despejada, *hic et nunc*, la doctrina egológica del fantasma nazificante que se había alzado en su camino, y esperamos que no vuelva a levantarse jamás.

En cambio, muchos son los desarrollos y soluciones de la doctrina egológica que dejan campo abierto a la crítica serena y constructiva, la cual siempre ha aceptado Cossio con respeto y benevolencia. Bien seguro estamos de no poderla acoger en todos sus fundamentos y conclusiones sin la necesaria enucleación desde nuestros puntos de vista. Mas, esto no empece para reconocer, con la más absoluta honradez científica, que la obra integral y renovadora que viene realizando en el Sur el ilustre Maestro argentino y el grupo de discípulos eminentes que le rodea y proclama como fundador de una Escuela Jurídica americana, constituya motivo de hondo júbilo

a los hechos humanos. Construída autónomamente sin referencia de apoyatura sobre la experiencia —y así profesada luego por sí misma—, juzga de los hechos sin neutralidad, con juicio sectario o utópico, porque los denigra o los exalta según discrepen o concuerden con ella. De un modo más directo y específico, por su inmediata repercusión sobre la teoría jurídica en razón de la identidad entre Derecho y Estado, tenemos que referirnos, como hoy se sabe ya muy bien, a ese fenómeno político de “conciencia falsa”, al que ha de asignarse sin limitaciones el nombre de ideología, en el cual el grupo dominante tiene su pensamiento tan ligado y determinado por los intereses de su propia situación, que sus hombres se vuelven incapaces de percibir ciertos hechos que afectan a su poder de dominación.

No importa que la ideología sea una actitud consciente del ideólogo o que éste esté en ella sin darse cuenta de su actitud ideológica; el resultado es el mismo: para defender un valor espiritual, el ideólogo se contenta con negar la naturaleza del hecho que lo realiza desvaliosamente y su pensamiento procede luego desenvolviéndose como si el hecho no existiera. El ideólogo no comprende que el valor que defiende sólo podría significar, *en el caso de que cupiera en los hechos*, un cambio de signo axiológico; pero que este cambio de signo no afecta a la naturaleza del hecho mismo, común para las dos valoraciones y, por lo tanto, ajena a lo que en apoyo de una u otra se pueda argüir.

Científicamente no se defiende una determinada valoración prescindiendo de la existencia de los hechos donde ha de arraigar, sino problematizándola en plano axiológico hasta encontrar la razón de ser de su intrínseco valor. Pero como momento previo a esto, se ha de saber ver los hechos, favorables o desfavorables, en su común naturaleza jurídica, porque la valoración que se defiende

no es una nube en el vacío, algo de por sí sustantivo con propia realidad, sino nada más que el sentido de ciertas realidades de conducta, sin cuya existencia aquélla no sería valoración de nada. Atiéndase bien a lo siguiente: necesitamos los hechos para valorar, aunque los hechos no defienden la valoración; pero por eso mismo, tampoco se la ataca prescindiendo de la existencia de los hechos, aunque con esto ya no quepa valoración ninguna, sino ideología, sectaria o utópica, consciente o implícita, política o académica.

Ilustremos lo primeramente dicho con un inicial y conocido ejemplo, antes de entrar en materia: el de la prohibición de los préstamos a interés, valoración vigente como ideal en la Edad Media, que expresaba realmente tanto el sentido valioso de lo que se hacía en caso de observarse aquel precepto, como el sentido desvalioso de lo que también se hacía en caso de transgredirlo; pero que no cumple ni una ni otra función de conocimiento estimativo cuando, al cambiar la estructura social por el nuevo papel que el dinero asume en la sociedad capitalista, los préstamos no son ya ordinariamente préstamos de consumo, sino orgánicamente préstamos de capital. "No existiendo aún la sociedad capitalista durante la Edad Media, el buen prestamista era quien prestaba sin interés. Este juicio de valor fué un ideal real o efectivo; y sobre este ideal se comprende el sentido de la valoración del dinero y del interés contenido en la norma canónica que prohibió los préstamos a interés; norma que representaba la conducta de las gentes en su deber ser y sentido que era real en esa conducta aunque violaran la norma, porque ese sentido real o efectivo, como sentido sólo era el sentido de un deber ser. Y bien, cuando advino la sociedad capitalista y, con ello, el dinero adquirió otras funciones sociales, la verdad estimativa que afirmaba *la existencia efectiva de aquel ideal*, en tanto la verdad de hecho, dejó de ser verdad; y sólo como ideología podía

oponerse aquel ideal a los préstamos con interés; oposición sin ninguna eficacia, por otra parte, porque el sentido de la nueva conducta de las gentes era otro en su valor" (3).

Ahora queda en claro cómo y por qué las ideologías en cuanto "conciencia falsa", amenazan la cientificidad de la ciencia jurídica. No se necesita para ello que escriba un político como tal, que así el caso es bastante inofensivo por su propia potencia. Más dañino es cuando un académico escribe poniéndose en papel de político por su adhesión a un valor espiritual, al cual cree defender prescindiendo de la existencia de los hechos. Pero esto es pura ideología y no ciencia, aunque se proclame verbalmente lo contrario. A nadie se le escapa que la actitud es teóricamente la misma que cuando escribe el político como político. Ni siquiera el hecho de que el valor espiritual que defiende implique un acierto axiológico, aporta nada al saber científico, porque el valor se salvaría por lo que vale pero no por lo que el académico dice; y a la ciencia le interesa esto último en cuanto a demostración y certeza. No ha de olvidarse que, de la misma manera, el político también puede estar axiológicamente en lo cierto; no se ve la razón para que esté condenado a priori a vivir en el error; pero por algo es que aunque acierte, esto no lo constituye en un científico. Por último, si se comprende que el académico puede ponerse en papel de político aun sin advertirlo —porque para esto importa la estructura de su pensamiento y nada más—, acaso empujado por el acertado valor al que presta adhesión o por la honradez con que sinceramente cree en él, tenemos el cuadro completo del carácter de la amenaza con que las ideologías irrumpen en las ciencias culturales.

(3) CARLOS COSSIO, "La Plenitud del Ordenamiento jurídico", p. 134. (Buenos Aires, 1947, Losada). Ver la bibliografía allí citada.

Todos conocemos la vívida denuncia de Kelsen, al dispar juicio que emitieron las diversas ideologías de los académicos sobre la Teoría pura del Derecho. “Calificanla los fascistas, de liberalismo democrático; los demócratas liberales o socialistas considéranla precursora del fascismo. Del lado de los comunistas es descalificada como ideología de un estatismo capitalista; del lado del capitalismo nacionalista, ora como craso bolchevismo, ora como anarquismo oculto. Su espíritu —asegura más de uno— estaría emparentado con la escolástica católica; otros, a su vez, creen reconocer en ella las señales características de una teoría protestante del Estado y del Derecho. Y tampoco faltan los que quisieran estigmatizarla de atea. En resumen, no hay en general dirección política alguna donde no se haya sospechado de la Teoría pura del Derecho. Mas esto prueba precisamente su pureza, mejor de lo que ella misma pudiera” (4).

Este ejemplo habla por sí solo y su explicación es unívoca: quienes así juzgaron eran ideólogos y concebían al Derecho no por lo que es según su realidad, sino identificándolo con alguna valoración o interés político, de modo que este interés resultaba exaltado al ser presentado como la esencia de lo jurídico, aunque el Derecho, en rigor, quedara desnaturalizado. Al no encontrar en la Teoría pura del Derecho semejante identificación ideológica, se sintieron políticamente defraudados por ella y la acusaron con algo polarmente desvalioso para la ideología que emitía el juicio. Pero es fácil advertir que si estos enjuiciadores se sintieron políticamente defraudados por la ciencia, no fué porque la teoría de Kelsen era política, sino porque ellos estaban en actitud de políticos respecto del Derecho, aunque el velo ideológico les obnubilara la correcta apreciación de sí mismos.

(4) KELSEN, “La Teoría pura del Derecho”, p. 21. (Buenos Aires, 1946, Losada).

Pero el caso de la Teoría pura del Derecho no es único ni mucho menos. Con la Teoría egológica se está produciendo, con igual insensatez, una historieta muy similar. La conmoción intelectual que ella ha producido en la Argentina, sobre todo en el campo de los penalistas con motivo de la revelación del papel creador de Derecho que tiene el juez y de los desarrollos alcanzados por la idea estructural del delito, ha desenvainado únicamente, en su contra, un argumento de puro corte ideológico por parte de sus opositores, con la honrosa excepción de lo escrito por Jorge Frías Caballero (5) y, en parte, por Ricardo C. Núñez (6), quienes por lo menos han tratado de hacerse cargo, primero, de lo que la Teoría egológica dice, para luego proceder al examen de sus fundamentos (7). Pero los demás, todos, así tengan un elevado

(5) JORGE FRIAS CABALLERO, "El concepto jurídico del Delito y otras cuestiones", en Rev. LA LEY, t. 38, p. 1073, Buenos Aires, 1945.

(6) RICARDO NUÑEZ, "¿Debemos abandonar la manera tradicional de aplicar la ley penal?", en Revista Jurídica de Córdoba, año 1, núm. 1. Córdoba, 1947.

(7) Lo dicho se limita a señalar la actitud científica, por lo analítica y argumentativa, con que han escrito estos autores. Pero no cubre, por cierto, la parcialidad y los errores de apreciación con que se han desenvuelto, especialmente NUÑEZ, hasta caer en terminantes equivocaciones. Por ejemplo: En conexión con el problema de si el juez interpreta la conducta mediante la ley o de si cabe interpretar la ley sin referencia a ninguna conducta, aparece la cuestión de cómo el juez está obligado por la ley. A NUÑEZ le han de parecer pocas las numerosas páginas que he escrito sobre lo primero y ninguna enseñanza le habrá suministrado la primera Investigación lógica de HUSSERL, cuando nos dice: "claro que aquí se pasa como por sobre ascuas sobre la cuestión previa de la interpretación del contenido representado por la norma jurídica objetiva". Pero proyectemos el asunto sobre la segunda cuestión para saldar imparcialmente cuentas. La opinión tradicional, para explicar cómo o con qué la ley obliga al juez, ha invocado ora la santidad de la ley, ora su poder; en resumen, puras metáforas de alcance verbal. Frente a esto la Teoría egológica ha mostrado el fenómeno de una vivencia de contradicción, con el que hay que contar porque es constitutivo de la fuerza de convicción que pueda tener una sentencia. En mi libro "El Derecho en el Derecho judicial" hay 23 páginas dedicadas a desarrollar el punto. Si esto le parece a NUÑEZ que es pasar como sobre ascuas más que los verbalismos

rango en la cotización científica, se han limitado franciscanamente a decir, como suficiente refutación y autoprotección, que aquello denota un espíritu simpático al ideario penal del nazismo. Azora en esto que ni por asomo despunte ningún análisis ni ningún argumento tendiente a mostrar que se ha planteado mal el problema del Derecho o que se lo razona con error. Sólo está para respaldar toda la actitud, monda y lironda, la afirmación coqueta de que a la creación judicial de derecho penal corresponde afiliarla al nazismo. Naturalmente

tradicionales, confieso tener con él una diferencia de apreciación ilimitada.

Otro ejemplo, entre numerosos más, lo da NÚÑEZ en el retrato caricaturesco que hace de la egología, queriendo rehuir el argumento que suministra la experiencia jurídica anglo-sajona, cuando afirma que el juez quedaría en la situación "de aquel personaje de Eugenio Sue, condenado por la maldición divina a ir siempre hacia adelante, sin poder volver jamás hacia atrás, ya que para la nueva teoría, el derecho positivo representa un constante ir hacia un adelante creador, no pudiendo nunca consistir en una vuelta hacia el pasado, para aplicar algo ya construido". Pero la tesis egológica es muy otra; "para superar la dificultad, sólo cabe inquirir en la experiencia jurídica si hay fenómenos idénticos en la sucesión temporal, los cuales, a pesar de ser total o parcialmente idénticos, no significan la negación de la libertad metafísica porque la libertad puede crear también identidades. Hay que averiguar, pues, sobre la existencia de identidades creadas y re-creadas como datos jurídicos (no de identidades dadas, como en Física)... y es lo cierto que el derecho judicial ofrece aquel dato con el fenómeno de la jurisprudencia", he escrito en "La Plenitud del Ordenamiento jurídico" (2ª ed., Losada, 1947), cuyo cap. 3º, especialmente las págs. 130 a 133, contempla el problema planteado por NÚÑEZ y expresamente lo desautoriza en lo que nos atribuye. Pero la verdad latente acaso sea otra, a saber, la necesidad de los racionalistas de zafarse del apoyo que a la teoría egológica presta la experiencia jurídica anglo-sajona. Como en lo concerniente al papel creador del juez la teoría egológica se apoya en la teoría pura del Derecho, conviene recordar que KELSEN, dando la expresión definitiva de sus ideas, acaba de publicar como su obra magna una "General Theory of Law and State" (Harvard University Press, año 1945, XXXIV, más 516 páginas) para —según dice en el Prefacio— "dar a su teoría una formulación tal que la habilite para abarcar los problemas y las instituciones del derecho inglés y norteamericano al igual que los de los países del derecho codificado, para los cuales fué originariamente formulada". En el cap. IV del presente trabajo, se apreciará cómo, desde hace mucho tiempo, teníamos presente que tanto la teoría pura como la teoría egológica eran instrumentos mentales válidos para el derecho anglo-sajón igual que para el nuestro.

que todo lo que participa de la tontería o de la viveza del craso error, es palabra que el aire se lleva a poco que la más leve brisa refresque las mentes, porque ninguna persona dada al estudio se va a convencer de algo por lo que un Fulano diga, sino por lo que él mismo coja luego de reflexionar sobre los términos de un problema o de una disputa. En este sentido yo no sé cómo habrán estudiado la teoría egológica los que quieren rechazarla satisfaciéndose con aquella peregrina afirmación, pues yo sólo puedo dar fe de mis amigos y discípulos, numerosos y calificados ciertamente, por el trato constante que, en una labor de auténtica coparticipación, a todos nos ha enriquecido con el análisis que cada cual ha realizado en los tópicos de su preferencia, dando con ello la evidencia controlada de un hablar a sabiendas. Y no es despreciable síntoma que a ninguno de ellos no se le haya ocurrido, ni por asomo, ligarla conclusivamente al idcario nazi de aquella manera.

A mi vez, yo no puedo creer en ningún esoterismo ni en ninguna ortodoxia de "elegidos", cuando veo que, lejos de las emulaciones lugareñas, de las tensiones circunstanciales y de los viejos prestigios de cátedra que hay que defender, tampoco han visto la filiación totalitaria de la teoría egológica, estudiosos de la talla del ortodoxo kalsesiano Kunz, en los Estados Unidos (8) o el heterodoxo neo-escolástico Brandao, en Portugal (9), para no citar sino dos ejemplos particularmente significativos por todo concepto.

Es que la razón claramente parece ser otra. El juicio adverso de marras traduce una ideología sobre el Derecho que inauténtica la actitud y la opinión como cientí-

(8) Puede verse en J. A., 1945-IV, p. 9, su artículo "Comentario a la Teoría egológica del Derecho".

(9) Puede verse en LA LEY, de octubre 12 de 1947, su artículo "Reflexiones sobre la Concepción egológica del Derecho".

ficos de quienes lo emitieron. Si nosotros podemos, primero, *explicar* como ideológica la actitud involucrada en la afirmación de que la creación judicial de derecho penal es nazismo; y después *demostrar* que la afirmación misma está egológicamente equivocada, se habrá hecho plena luz en el debate.

De ambas cosas me ocuparé sucesivamente, comenzando de inmediato con la primera, que es más breve y menos importante.

* * *

Si hoy en día alguien afirmara que son Derecho únicamente los regímenes jurídicos de tipo liberal, nadie daría valor científico a semejante afirmación. Se trata de una afirmación ideológica perfectamente analizada, muy similar a la que todavía cometen los escolásticos cuando niegan naturaleza jurídica a lo que es radicalmente injusto. Sin embargo aquella afirmación cobró relieve en el siglo XIX, principalmente en boca de los constitucionalistas, encandilados por los beneficios axiológicos que implicaban las Declaraciones, Derechos y Garantías de las cartas constitucionales. Les parecía que con el liberalismo recién la humanidad había llegado al Derecho. Y para defender las valoraciones liberales del constitucionalismo, estos hombres no las problematizaron en plano axiológico hasta encontrar la razón de ser de su intrínseco valor, sino que negaron sin más la naturaleza de Derechos de los regímenes repudiados. La actitud ideológica hoy nos es patente. Todavía Duguit se siente obligado a combatir esta manera de pronunciarse sobre la existencia de los hechos, en base a lo que resulta de una valoración que es tomada, no como valoración sino ella misma como hecho, como el verdadero hecho que hace la desnuda existencia de los fenómenos a conocer; toda su polémica contra el derecho subjetivo de lo que él llama

ma escuela individualista, tiene este sentido (10). Pero la experiencia por sí sola pulveriza una ideología como la recordada: el Derecho es connatural al hombre; la humanidad no llegó recién en el siglo XIX al verdadero derecho político porque siempre vivió en él de verdad; han habido, hay y habrán regímenes jurídicos de otro tipo que el liberal.

Pero cuando hoy en día se afirma que el juez penal, al sentenciar, crea Derecho, y esto origina reacciones como la que motiva este comentario, no están todavía los juristas muy dispuestos a negar el valor científico de estas reacciones. Sin embargo, el pecado de ideologismo que se comete es muy similar al de aquellos viejos juristas del siglo XIX. Sólo que este pecado puede aparecer en una forma burda y en otra más sutil, lo que sin duda dificulta la clara visión del problema.

La ideología aparece en forma burda si, para defender la valoración penal liberal, se entiende que sólo ésta constituye el verdadero derecho penal. Desde este enfoque hay que negar, en conclusión, que el derecho penal nazi o el derecho penal soviético son verdadero y auténtico derecho. Aunque la actitud ideológica es patente, no han faltado en nuestra época autores que han sostenido semejante conclusión, cuyo valor científico es, por cierto, nulo.

No se puede identificar una determinada valoración jurídica con el Derecho en general (como hace esta ideología burda), ni tampoco siquiera una determinada valoración jurídica con el ser Derecho de un régimen jurídico particular (como hará la otra ideología), porque el ser Derecho es nota ontológica que proviene de la conducta en interferencia intersubjetiva y no de la valora-

(10) Ver DUGUIT, "Traité de Droit constitutionnel", t. I, París, 1921, Bocard.

ción. Pero sí es procedente identificar una determinada valoración jurídica con la verdadera justicia, si se acierta en la fundamentación. Este es el camino que sigue la Teoría egológica, como veremos.

La ideología aparece en forma sutil si, para defender la valoración penal liberal, sintetizada en el principio "nulla poena sine lege", no se hace hincapié en la justicia intrínseca de este principio, sino que se lo da por ligado a una afirmación ontológica, a saber, que el juez penal liberal no crea Derecho porque es un mero aplicador de la ley penal; con lo cual, si alguien afirma la creación jurídica del juez penal, se le adscribe —he aquí operando a la ideología— que también rechaza el principio "nulla poena sine lege", pero no porque se lo estimara injusto, sino porque este principio es un hecho inerte: el mismo hecho inerte del mecánico juez aplicador de la ley penal.

Pero a nadie se le puede escapar que la cuestión de si el juez crea derecho al sentenciar, es una verdad de hecho que se resuelve por el análisis atento de lo que ocurre en la experiencia jurídica; y que la afirmación "nulla poena sine lege", no es una cuestión de hecho, sino un sentido de justicia que pretende ser el de la verdadera justicia. La primera cuestión es óptica porque nos la suministra la realidad y se puede mostrar que pertenece a la esencia de dicha realidad. La segunda cuestión es propiamente estimativa y no saca su fuerza de convicción de la realidad, porque arraiga en la pura idea de justicia. La confusión de una cosa con otra para apoyar la segunda, es el pecado del ideólogo de la ciencia.

Es curioso cómo los ideólogos que en la República Argentina han lanzado este ataque contra la Teoría egológica, olvidan la experiencia jurídica. Precisamente en el país donde hoy en día se vive con más integridad el ideario jurídico liberal —los Estados Unidos—, hay ya una opinión prácticamente unánime sobre el papel creador del Derecho

que tiene el juez al sentenciar, sin que nadie haya visto en la adquisición de esta verdad óntica, una amenaza para el principio "nulla poena sine lege". Pekelis señala, como una de las tres notas que caracterizan a todas las escuelas jurídicas norteamericanas de la actualidad y como una actitud común a sus jueces, "la conciencia de la naturaleza creadora de la función judicial". Y agrega en un libro sin desperdicios: "La verdad de la cuestión es que los jueces son principalmente creadores y no aplicadores de derecho". "No discuto aquí si es deseable o no tener jueces que crean no ser más que la voz del derecho o la expresión del genio popular para la consecución inconsciente de la justicia y el bienestar. Lo que trato de hacer es simplemente señalar que la enorme mayoría de los jueces más preeminentes de Norteamérica no lo creen así hoy día. A la cuestión de si crea un mejor derecho un juez que sabe que es creador de derecho que uno que no lo sabe, debe responderse que hoy todos los jueces más influyentes lo saben y difícilmente, en los tiempos que vivimos, podría convercérselos de lo contrario" (11). Lo mismo nos enseña Max Rheinstein, profesor en la Facultad de Derecho de Chicago: "Hemos mostrado precisamente, que el proceso judicial no es automático, sino que contiene un inevitable elemento de actividad creadora" (12). Uno de los portavoces del actual pensamiento jurídico de otro gran país liberal, el profesor de la Universidad de Lund (Suecia), Karl Olivecrona, sustenta idénticas ideas: "Es necesario distinguir cuidadosamente entre dos elementos de la sentencia: la razón dada para la decisión y la decisión misma... La sentencia es, de hecho, similar al acto de legislar... La sentencia difiere de la ley principalmente en dos puntos: se refiere a un caso singular y se

(11) ALEXANDER H. PEKELIS, "Una jurisprudencia del bien común", ps. 10, 11 y 45. (México, 1945, El Colegio de México).

(12) MAX RHEINSTEIN, "Who watches the watchmen?", p. 602, en la colección "Interpretations of Modern Legal Philosophies". (New York, 1947, Oxford University Press).

dicta, en principio, de acuerdo a un canon previamente dado. Dentro de estos límites su contenido es similar al de la ley" (13). Y en Australia, otro gran país liberal, el profesor Julius Stone, de la Facultad de Derecho de Sidney, en un largo y crudito estudio dedicado a estudiar la creación jurídica del juez inglés al sentenciar, dice cosas como éstas: "La discriminación de los tribunales entre lo que es importante y lo que no lo es, no es de carácter lógico sino ético, en el amplio sentido de una valoración creadora en cuanto que opuesta a una aplicación mecánica... Los tribunales no pueden, correctamente, aducir que la ley no les deja una opción... Este estudio no se refiere a los méritos de las decisiones judiciales, sino que quiere destacar que los procesos implicados en ellas, por muy intrépidos que sean los esfuerzos para darles la apariencia de una validez lógica y aun de la forzosidad, son, de hecho, el resultado de una elección por los jueces, basada más o menos conscientemente en ideas de justicia aplicadas a los hechos que se llevan ante ellos" (14). Y si en la Argentina huelga ya recordar, a este respecto, la convincente tesis de la Escuela Vienesa, no está demás traer a cuento la insuperable forma que José Antolin del Cueto dió al meollo de este problema: *la ley reina y la jurisprudencia gobierna*, que Brandao parafrasea así: el gobierno de la jurisprudencia hace posible el reinado de la ley (15). Acaso todo esto sea "poco comprensible para la mentalidad jurídica española", como escribe José Castán Tobeñas refiriéndose a ésta y otras tesis de la teoría

(13) KARL OLIVECRONA, "Law as Fact", ps. 552 y 553, (New York, 1947, Oxford University Press, en la misma colección citada en la precedente nota).

(14) JULIUS STONE, "Fallacies of the logical form in English Law", ps. 710 y 715. (New York, 1947, Oxford University Press, en la misma colección antes citada).

(15) ANTONIO JOSE BRANDAO, "Fenomenologia da Sentença", en Boletim do Ministério da Justicia, núm. 2, p. 313. Lisboa, septiembre de 1947.

egológica (16), pero no por eso deja de ser una verdad óntica de la experiencia jurídica.

Porque se trata de esto y nada más, en este punto. Cuando la teoría egológica ha afirmado el papel creador de derecho del juez penal al sentenciar, no liga para nada —ni lo podría hacer, en pulcritud metódica— esta afirmación con la del principio “nulla poena sine lege”, como si ambas fueran un mismo hecho de experiencia. Con aquello sólo afirma una verdad constitutiva de la experiencia jurídica, de carácter necesario. Por lo tanto, de la experiencia jurídica argentina y de la de cualquier otro país del mundo. Por eso puede explicar, con unidad de pensamiento, lo que hacían los jueces nazis de Hitler, y lo que hacen los jueces liberales argentinos; pues las diferencias consiguientes no emergen de la estructura de la experiencia jurídica, sino del cambio de signo que toman las valoraciones jurídicas dentro de la misma estructura ontológica. Con el cambio de signo axiológico no alteramos para nada lo que hay de explicación en la explicación egológica del Derecho nazi, por mucho que esto no lo pueda entender quien confunda ontología con axiología. La concepción egológica no es una teoría doméstica apta para dar cuenta de un régimen pero no de otros; no sería con ello verdadera concepción científica.

En pocas líneas se puede sintetizar ahora, el corte ideológico, pero no científico, que tiene la acusación de nazismo lanzada contra ella por haber afirmado el carácter creador del juez en la sentencia penal. Quienes así la anatematizaron, lo hicieron *para* defender la valoración penal liberal enunciada en el “nulla poena sine lege”. Ya este “para” denuncia elocuentemente una actitud anticipada respecto de la problemática del asunto, lo que

(16) JOSE CASTAN TOBEÑAS, “La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos”, p. 58. Madrid, 1947, Reus.

no es si muy científico ni muy filosófico. Pero hay dos maneras de defender el principio "nulla poena sine lege". Una es tomando a este contenido de justicia como si fuera un hecho de por sí e identificándolo con la existencia de un inerte juez que fuera un puro aplicador de la ley penal; con lo cual se puede decir que quien niega lo último, niega también lo primero como valor. Pero esta defensa no defiende nada porque es ideológica; sólo traduce una actitud de ideólogo en el científico. La teoría egológica, por cierto, se opone a esta confusión entre ontología y axiología; y niega que el principio "nulla poena sine lege", que es un contenido estimativo, sea un hecho de por sí, así como también niega, de acuerdo a la doctrina científicamente mejor calificada en el mundo entero, que haya en ninguna parte, como hecho existente de por sí, un juez que sea mero aplicador de la ley. El juez, donde quiera que exista, crea derecho, dentro de la ley y a veces también fuera de ella.

También la teoría egológica, como pronto se verá, defiende la axiología contenida en el "nulla poena sine lege"; pero la defiende de la otra manera, la única científicamente atendible, a saber, por su intrínseco sentido de verdadera justicia. La teoría egológica puede admitir que se la tache de error discutiendo, con la experiencia a la vista porque se cuestionaría un hecho, que el juez no es creador de Derecho. Pero para esto hubiera sido necesario que se nos siguiera en nuestros análisis y que se presentara por lo menos un caso incuestionable de que en la experiencia las cosas ocurren de otra manera. Sin embargo, esto es lo que no han efectuado los ideólogos; sólo se han apoyado en la afirmación, monda y lironda, de que es nazismo la idea que el juez penal es creador de derecho.

Pues a pesar de todo, cabe preguntar: ¿por qué habría de sentirse afectado el principio "nulla poena sine

lege", con la creación del juez penal, si esta creación ha de ser *dentro* de la figura diseñada por la ley para no incurrir en la vivencia de una contradicción? El tipo inculcado por la ley penal no puede sentirse afectado por el desarrollo que transcurre dentro del tipo mismo. Y la teoría egológica ha definido, mediante tales conceptos, su voluntarismo estructurado, de tal manera que una sentencia con vivencia de contradicción tiene *lógicamente* herida su fuerza de convicción, aunque no su carácter jurídico. Lo que hay de actitud intencionada en la afirmación de los ideólogos, no puede ser, pues, más visible.

Es digno de nota que el padre de este revuelo ideológico producido en la Argentina dentro del ámbito penalista, el maestro español don Luis Jiménez de Asúa, haya escrito también frases como ésta, que muy poco difiere con lo que escriben los autores egológicos a quienes paradójicamente ataca por eso mismo: "El Derecho se dirige a las conductas, las valora y las sanciona. Pero también él mismo es conducta, puesto que como hemos afirmado desde nuestra primera conferencia, es un mundo que vive y que el juez actúa no sólo intelectivamente, buscando la voluntad de la ley, sino poniendo él también en ella voluntad, aunque sometida a la norma racional" (17). Si bien es verdad que el maestro español ha escrito con tanta contradicción sobre este punto, que uno no sólo no puede saber con precisión cuál es su pensamiento, sino que no es extraño que las rendijas de sus contradicciones se deban a cargas ideológicas de las que no sabe des-

(17) LUIS JIMENEZ DE ASUA, "La Ley penal y su interpretación", ps. 216-217, en "El Criminalista", t. 5º (Buenos Aires, 1945, ed. LA LEY). Si bien es de advertir que todo este estudio de JIMENEZ DE ASUA está mucho más influenciado por la egología, que lo que se colige a través de sus citas. Así cuando habla simplemente de que está "demostrada la índole disyuntiva de la lógica jurídica" (p. 212) o cuando afirma "que la fórmula disyuntiva es la única verdadera" (p. 216). Así también cuando llanamente admite que "la construcción kelseniana no es otra cosa que una lógica jurídica que exige una construcción dogmática, al igual que la lógica aristotélica no es la filosofía" (p. 217).

pojarse. El lector juzgará por este párrafo pertinente: "Aunque a consecuencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* —que consideramos indispensable en el Derecho Penal liberal—, concebimos la interpretación emanada de los jueces de un modo estrictamente delimitado por la máxima legalista, y negamos, por ende, al juez la facultad creadora del Derecho y hasta la aplicación analógica, la interpretación de las leyes asume una prestancia angusta. A nuestro modo de ver, el juez puede y debe interpretar las leyes penales, cuando así lo reclama la voluntad de la ley interpretada y la formación teleológica de sus conceptos, de *forma extensiva y de modo progresivo*. Por eso, el juez penal, aunque no sea creador del Derecho, vitaliza la ley inerte, y al realizar el proceso de subsunción de los hechos en el tipo legal *crea nuevas posibilidades de adaptar y encarnar* los textos legislativos, ejerciendo así una verdadera función *creadora*" (18). Nos preguntamos: ¿función creadora de qué? ¿De derecho o de reglas de cortesía? Y si es de Derecho, ¿en qué quedamos?

Mostrábamos más arriba que negar el carácter de régimen jurídico al derecho penal nazi o soviético, para defender el derecho penal liberal, operando sobre la idea de que sólo este último es auténtico Derecho, es una burda ideología. Ahora se aprecia que, no por más sutil y refinada, tampoco deja de ser ideológica la defensa del derecho penal liberal que lo adscribe a un inexistente carácter silogístico de la función judicial, con error óntico y ontológico, trasladando la contraposición entre el derecho penal nazi y el liberal, a la contraposición entre una función creadora o mecánica del juez penal. Se ha atacado a la teoría egológica como de espíritu nazificante, por haber demostrado, en prolijos análisis, la crea-

(18) LUIS JIMENEZ DE ASUA, "El juez penal: su formación y sus funciones", ps. 129-130, en "El Criminalista", t. 3º. (Buenos Aires, 1943, ed. LA LEY).

ción judicial de derecho en la sentencia. En esto hay, a la par, una actitud y una afirmación. La actitud es la decisión, por anticipado, de defender el derecho penal liberal. Hemos explicado esta actitud como claramente ideológica, tanto en lo que tiene de decisión anticipada, cuanto en lo que identifica, con error óptico, un hecho existente de por sí con una valoración como si ésta fuera también un hecho existente de por sí. Nosotros también defendemos la axiología penal liberal, pero por su intrínseco sentido de justicia. Con esto dejaremos atrás la actitud de la afirmación de los ideólogos, para considerar ahora la afirmación misma y demostrar que egológica-mente es inexacta.

2.- Remisión al fundamento

El pronunciamiento sobre el principio "nulla poena sine lege" ha de hacerse en el plano de la axiología; es decir que su defensa, si cabe, ha de ser porque en él descubramos un intrínseco sentido de verdadera justicia.

Esto implica que tenemos que fundamentar, primero, cuál es el contenido de la verdadera justicia. Como el propósito de este artículo versa sobre aquel principio, daremos a esta remisión a su fundamento un tono extremadamente esquemático, constreñidos por el espacio, que no por la importancia magna del tema. Desde hace casi una década lo expongo con amplitud en mi cátedra de la Universidad de La Plata; y en la Universidad de Buenos Aires lo expuse en 1941 y nuevamente durante todo el segundo semestre del presente año 1947. En mi libro "La Teoría egológica del Derecho y el Concepto jurídico de Libertad", he analizado extensamente la problemática previa de la libertad en su plano óptico-ontológico y apenas he insinuado la ubicación del planteamiento axiológico correspondiente. Pero no pierdo la esperanza allí formulada, de dar pronto a luz el volumen axiológico que complete el sistema egológico.

Definida la justicia tradicionalmente como el "dar a cada uno lo suyo", pronto se advirtió que esta fórmula no habilita para determinar qué es lo suyo de cada cual. Por lo que se la ha tachado de tautológica y vacía.

En las tentativas para definir su contenido, autores como Weber, Kelsen y Radbruch, se han pronunciado negativamente. No hay un contenido de justicia determinable por la razón. El contenido de justicia emerge irracionalmente de lo más profundo de nuestra conciencia — y aún acaso sólo de nuestra voluntad—, quedándole a la razón el limitado papel de sacar las consecuencias de ese dato originario y hacer el sistema de las actitudes posibles. La justicia, pues, está dada irracionalmente por la historia y no podemos saber lo que ella es de verdad hasta tanto la historia no la haya presentado fácticamente.

Frente a esta respuesta irracional, la línea áurea de la filosofía greco-occidental —con Sócrates, Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, los cartesianos, Spinoza, Leibniz, Kant—, si bien en tentativas fracasadas, ha creído que la razón podía determinar cuál era el contenido de la justicia verdadera. La racionalidad de la justicia como idea es, pues, el otro horizonte que tiene ante sí la Filosofía del Derecho en el campo de la axiología pura.

La teoría egológica encuentra en la metafísica existencial el fundamento para decidirse por este último punto de vista, pues para poner el problema en su lugar, con neutral corrección, es de notar que el relativismo irracional e historicista, no da la importancia que corresponde a lo siguiente: la vida humana tiene en la libertad fenomenalizada, su específico y apodíctico componente *material*; y esta libertad no es una relación (y por lo tanto algo vacío que no sirva para determinar qué es lo suyo de cada cual), sino que es algo existente. Además, a la libertad la intuimos *como personalidad*, es decir, con ip-

seidad; lo cual, en su momento servirá para afirmar que el hombre es un fin en sí, según reza la inmortal enunciación de Kant.

Hablar, pues, de conducta, de libertad y de personalidad, existencialmente es hablar de la misma cosa; y esto no es ninguna construcción intelectual, sino un hecho que se nos impone con la más directa evidencia. Por esta causa la teoría egológica no ha afirmado que la libertad sea un valor jurídico; es mucho más: es la fuente y la substancia de todo valor. Los valores son modos de ser; y la única comprensión del ser que tenemos, es la nuestra, que somos libertad con ipseidad, es decir, personas. De aquí en adelante, tengamos presente, entonces, sin olvido posible, que la *libertad es una existencia* y que *su esencia es creación*, como bien se advierte contraponiéndola a la inmutabilidad del ser entitativo, idéntico a sí mismo.

Sobre esta base el problema consistirá en ver si la razón puede determinar el contenido de la Justicia, pues únicamente determinado por la razón este contenido podría ser verdad de razón; y con ello, apodíctico y verdadero en sentido metafísico. Pero además habría de mostrarse que la razón es algo inmanente a la vida plenaria misma, por que sólo así una determinación de la razón sobre sí misma, sería también una determinación ontológica sobre la vida. Esta inmanencia de la razón en la vida, no necesita ser una identificación de la vida con la razón, como ha sido el error secular; basta que la razón sea un componente esencial de la vida humana y que así, como fragmento de la vida, nos dé un punto de apoyo suficiente.

Esta reintegración de la Razón a la esencia de la vida plenaria es nuestro problema, pues la hoy reconocida temporalidad del ser humano, pareciera disolver a éste

en la Historia. El Hombre es su historia, vendría a significar: el Hombre es lo que su historia lo hace ser, donde quedaría aceptada la libertad como existencia y su creación como esencia, pero no todavía la razón, carente de todo papel.

Pero es forzoso concluir que si la razón integrara el propio dato de la Historia, a saber, el Hombre, sería una historia falsificada aquella que, sin neutralidad frente a su dato, prescindiera de la Razón. Felizmente la vieja idea griega de que el hombre es un animal racional, restringiendo la racionalidad como componente de este todo, encuentra amplios motivos de justificación en el pensamiento contemporáneo de las más diversas escuelas. Dice Cassirer: "A pesar de todos los esfuerzos del irracionalismo moderno, la definición del hombre como animal racional no ha perdido su fuerza. La racionalidad es un rasgo inherente a todas las actividades humanas" (19). Y Nicol: "Distinguiendo entre vida humana y vida biológica será posible entonces concebir a la razón como algo que no sólo no se contrapone a la vida, sino que se integra indisolublemente en ella" (20). También Jaspers dedica a lo mismo todo un capítulo de su *Filosofía de la Existencia* (21). Pero lo más decisivo está en Heidegger, con su monumental desarrollo de que la característica óptica del Hombre es la de ser ontológico, a la que pronto recurriremos.

Y bien, la razón está ligada a la igualdad, como advirtieron los filósofos pitagóricos por primera vez. Precisamente se la define por la identidad. El principio de

(19) CASSIRER, "Antropología filosófica", p. 59. (México, 1945, Fondo de Cultura Económica).

(20) EDUARDO NICOL, "La Idea del Hombre", p. 42. (México, 1946, ed. Stylo).

(21) KARL JASPERS, "Filosofía dell'Esistenza", cap. II. (Milano, 1943, Bompiani).

identidad A es A , primero de los supremos principios de la Lógica, es, por excelencia, la expresión de lo puramente racional en su inmediata evidencia intelectual. La Aritmética por ejemplo, arquetipo de ciencia racional, comprueba muy bien aquel ligamen, puesto que avanza afirmando igualdades: 2 más $2 = 4$. La igualdad es en consecuencia, una forma de la razón. Y esto es una tercera cosa que hemos de tener presente, a la par de que la libertad es una existencia y que su esencia es creación.

Si esperamos que la Justicia, como immanente razón suficiente, sea capaz de racionalizar un dato jurídico, irracional en tanto que puro producto de la experiencia, cabe preguntar aquí: ¿qué es razón suficiente?

El gran estudio que Heidegger ha dedicado a este tema, nos saca del paso en forma auténtica porque arraiga el principio de razón suficiente en la estructura misma de la vida plenaria. Según él, convalidando el célebre planteamiento de Aristóteles (22), ese principio se diversifica en tres modos: como razón de esencia, como razón de existencia y como razón de verdad (23).

Transportando este planteamiento al tema de la Justicia sobre las bases ya conseguidas, yo diría que la verdadera justicia:

a) Como existencia: es libertad. Eso somos radical e íntimamente;

(22) ARISTÓTELES, "Metaphysica", libro Delta, 1013, a: "Es común, pues, a todos los principios eso de ser lo primero de que a algo le viene o el ser o el hacerse o el ser conocido". (Oxford, 1928, Clarendon Press).

(23) HEIDEGGER, "Esencia del Fundamento", p. 51: "Lo que solemos llamar fundamento o razón puede presentar como maneras principales de serlo las de fundamento de por qué es la cosa tal o cual, fundamento de por qué lo es en realidad y fundamento de por qué lo es en realidad de verdad", (México, 1944, Séneca),

b) como esencia: es creación. En esto difiere la libertad, del ser. El ser es lo que es, decía Parménides. La libertad es creadora; sin creación no hay libertad. Y el olvido de este aspecto del fundamento es lo que perjudica a meditaciones sobre la Justicia tan luminosas como la de Kant.

c) como verdad estimativa: es razón en cuanto sustantivo de racional. Sólo que la tradición filosófica desarrolló este aspecto como *igualdad*, en tanto que la teoría egológica lo desarrolla como *igualación*, a fin de captar la razón inmanentizada en la libertad. La igualdad se refiere a las cosas o a los resultados; y la Justicia no es lo uno ni lo otro. La razón que hay en la verdadera Justicia no viene desde afuera; opera en la libertad y dentro de ella, con total immanencia. La verdadera Justicia no es un estado a alcanzar, sino vida viviente porque está en juego la personalidad. Con la igualdad, referida a los resultados, se afecta a la personalidad en su libertad, porque cada cual tiene su vocación y su destino. La verdadera Justicia reclama la personalidad y, con ello, que cada cual se diferencie de los otros, teniendo la libertad necesaria para ello, como realización de su vocación y destino.

Todo esto queda expresado si decimos que la verdadera justicia consiste en la creación de igualaciones de libertad. No, pues, creación de igualdades, que son un término externo donde la creación se aniquilaría al ser alcanzado; sino creación de igualaciones de libertad que significa *igualación en cada punto de partida*, creando esto y dejando libre a la creación después. Esta es la gran paradoja de la Justicia como valor, pues implica destruirse a sí misma para poder ser: la libertad divergente de cada personalidad, desigualada la igualación obtenida en el punto de partida no bien esta igualación ha sido lo-

grada, porque el tiempo fluye incontenible y en él va la libertad. Nada más contrario a la esencia de la Justicia, que una sociedad donde todos los hombres tuvieran que hacer las mismas cosas para poder conservar su igualdad. La Justicia tiene, así, una trágica presenteidad que reclama por la reconstitución de nuevos puntos de partida cuantas veces fuere necesario.

Con nuestra definición, podemos decir que, en la justicia racional, *lo suyo* de la fórmula clásica deja de ser una enunciación vacía. Lo suyo que corresponde a cada hombre por ser hombre, es lo que a cada cual falta para estar en igualdad de condiciones con el alter ego con quien interfiere. Estamos, pues, en las antipodas de Aristóteles con su justicia distributiva; éste decía que había que dar bienes y honores en proporción a los méritos; a mayor mérito, mayor retribución y viceversa. Para nosotros el ideal dice lo contrario: hay que dar más al que está más abajo.

Esta es la pura idea egológica de la Justicia en cuanto que verdadera Justicia. No nos toca aquí desarrollar la noción de progreso como creciente libertad que de ella se deriva. Ni tampoco referirnos a sus inefudibles limitaciones históricas por el juego de lo irracional de la existencia. Pero como criterio de verdad estimativa con intrínseca racionalidad, como orientación existencial y como medida de logros forzosamente parciales, la idea tiene un papel a cumplir en la axiología positiva del Derecho.

3.—*Las Sanciones y la Verdadera Justicia*

La precedente fundamentación arroja insospechada luz sobre uno de los tópicos más dramáticos de la ciencia jurídica, donde el principio del derecho penal liberal "nulla poena sine lege" ha sido el yunque de los marti-

llazos de poderosas fuerzas irracionales de la Historia.

El eminente jusfilósofo mexicano Eduardo García Máynez (24), tomando como criterio clasificatorio la comparación entre el contenido de la sanción y el del deber jurídico transgredido, formula una clasificación tripartita de las sanciones, realmente atrayente y fecunda siempre que la manejen con un criterio implícito en ella y que no es aquel con el que la ahonda su autor.

Las tres especies de sanciones que distingue García Máynez, son las siguientes:

1º) Sanciones de cumplimiento forzoso. "Su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la norma infringida". Es lo que ocurre en las nulidades, en la restitución posesoria, en la entrega judicial de lo pactado, etc.

2º) Indemnización. "Tiene como fin obtener del sancionado una prestación económicamente equivalente al deber jurídico"; v. gr.: daños y perjuicios.

3º) Castigo. "Su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico ni la obtención de prestaciones equivalentes". El caso típico es la pena del derecho criminal.

García Máynez hace un género común de las dos últimas especies, como relaciones de no coincidencia entre sanción y deber, contraponiéndolo al género de relaciones de coincidencia que se constituye sólo con la primera especie. Esta nueva clasificación nos resulta vacía y puramente formal, porque cada género no apunta a nada importante.

(24) EDUARDO GARCIA MAYNEZ, "Introducción al Estudio del Derecho", t. II, ps. 108 a 119. (México, 1941, Porrúa Hnos).

De mayor trascendencia nos parece, como hacemos nosotros, reunir las dos primeras especies en un sólo género y dejar a la tercera especie como género aparte, en base a lo siguiente:

En las sanciones de cumplimiento forzoso, la relación ontológica entre los términos comparados (contenido de la sanción y contenido del deber transgredido) es de identidad. En la indemnización, esta relación es de equivalencia. Pero en el castigo nos damos con una relación ontológica de incomparables.

Esto significa que la valoración jurídica de las dos primeras especies de sanciones, es una valoración racional porque gira en torno *a lo igual*. No así la tercera que emerge *irracionalmente* con la desnuda fuerza óptica y ontológica de la interferencia intersubjetiva de conducta y cuya única racionalidad radica en la integración con la norma disyuntiva, pues sin la correspondiente normación el acto ilícito sería lícito. Aparte, pues, de esta integración con la norma, en todo lo demás, estas sanciones son profundamente irracionales, ya que, en efecto, al muerto o al lesionado nada se les restituye con el castigo del transgresor. Obviamente no cambia las cosas el imperio de la ley del Tali3n, porque sacar los ojos a quien se los quit3 a otro, deja como saldo dos ciegos en vez de uno, cuando de haberse cumplido los deberes jur3dicos no habr3a ninguno.

De la misma manera no hay criterio racional alguno para determinar por qu3 la pena dura tanto para este delito y cuanto para aquel otro. Ni siquiera se puede decir, tomando l3neas m3s generales, que el homicidio en s3 mismo, es m3s grave que el hurto o la violaci3n, pues hurto sacr3lego y violaci3n de sacerdotisas se han castigado a veces con m3s severidad que la muerte del pr3-

jimo. En conclusión: no hay relación racional entre en-tuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí. En vano buscaríamos que la identidad o una equivalencia con la realidad de lo que el deber jurídico prescribía, nos señalara el camino. Aquí, las valoraciones *históricas*, con toda su irracionalidad, movidas ontológicamente por la desnuda necesidad ótica que se desata disyuntivamente con la conducta en interferencia intersubjetiva, son las que dan pauta para comprender como sentidos a las sanciones penales. Esta es también la raíz de la vacuidad de eso que los penalistas llaman el fundamento del derecho de reprimir y que ellos discuten sin advertir que es un pseudo-problema. Porque la verdad es que un hecho no necesita otro fundamento que el de su existencia. Y aquí, sin ninguna traslucidez racional que se nos aparezca como justificativo, estamos frente al hecho existencial de la interferencia intersubjetiva de conducta, con su estructura disyuntiva y con su forzosidad ótica para el hombre, donde toda la cuestión parece ser ciegamente que hay pena porque sí; porque hay Derecho. Como pregunta limítrofe, en inmediata contigüidad con este asunto, inquiriríamos ya: ¿hay o no hay Derecho? Si no lo hay, tampoco existe el problema que traen las sanciones irracionales. Pero como lo hay, puesto que tiene que haberlo —en cuanto la vida humana es coexistencial—, hay, sin más, también sanciones, por mucho que resulten opacas a toda racionalidad. Y sobre esto la contingencia de la estimativa histórica, constitutiva también de la vida, tiende su cañamazo de sentidos para una comprensión así, por fuerza, variable en el curso del tiempo.

Lo que acabamos de decir nos lleva a una conclusión muy importante: el repudio de la analogía jurídica en materia penal es justicia racional; el principio penal liberal “nulla poena sine lege” es verdadera justicia en el plano de la axiología pura. Pues es claro que la extensión

penal por analogía resulta poco conforme con la razón, siendo que ya carece de racionalidad la relación entre el deber transgredido y la pena que habría de tomarse como punto de arranque. No es racional extender lo irracional y por eso la razón tiene que oponerse a toda derogación del principio "nulla poena sine lege". Atacar este principio axiológico es atacar a la razón misma en una de sus más importante expresiones estimativas. La naturaleza genéricamente irracional de las sanciones penales, fundamenta la racionalidad en sí de la máxima "nulla poena sine lege". Y así, por su intrínseca justicia, es como la defiende la teoría egológica.

4.—*Un episodio esclarecedor con el Maestro*

Jiménez de Asúa

El principio "nulla poena sine lege" es por todos reconocido como la esencia de la valoración penal liberal (25). Si se contraponen el derecho penal liberal al derecho penal nazi o soviético, buscando la defensa del primero, quiere decir que se defiende la validez de aquel principio. De ahí que resulte inconcebible por lo contradictorio, que se tache a la teoría egológica como germinadora de espíritu nazificante, siendo que ella abre el camino para ver la intrínseca justicia de aquel principio medular. La tacha no sólo implica un error en la afirmación misma, sino que comprende también un argumento de ideólogo porque reposa en una actitud intencionada, según hemos visto,

Sin embargo tal tacha, inconcebible por la contradicción que acabamos de señalar, ha sido formulada. La inició en 1945, desde la "Revista de Derecho Penal", don Luis Jiménez de Asúa, el maestro español que, para ho-

(25) Ver *supra*, en la nota 18, la opinión concordante de JIMENEZ DE ASUA.

nor de la Universidad platense, por varios años profesó en sus aulas después de la caída de la República española. Y la prosiguió él mismo, junto con algunos otros penalistas argentinos que en común estrecharon círculo, con una obstinación digna de una causa más justa, pues desde entonces casi no hay un artículo salido de aquella fuente que no traiga el mismo reproche, siempre, eso sí, mondo y lirondo.

El ataque, reiterado, fué primeramente dirigido contra Laureano Landaburu (h.), el primer penalista que, en auténtico sentido, ha desarrollado la noción estructural del delito (26); y luego fué extendido a Enrique R. Aftalión, Ernesto J. Urc, Enrique Ramos Mejía, Julio Cucto Rúa, Lorenzo Carnelli, hasta comprender por último a toda la escuela egológica, incluso a mí, no, sin duda, por haber manifestado que cuando en el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social se discutió el tema de la responsabilidad criminal de las personas colectivas, me parecieron convincentes los argumentos afirmativos de los egológicos frente a lo que habría que llamar no-argumentos de los tradicionales.

Acaso se piense que la contradicción implicada en tachar de espíritu nazificante y antiliberal a una teoría, como la egológica, que defiende el principio "nulla poena sine lege" nada menos que fundamentando su intrínseca validez de justicia, se explica porqué esta fundamentación no había sido anteriormente publicada por mí, de modo que su desconocimiento podría haber originado aquella tacha sobre la base de algún desconcierto o confusión perdonables. Pero como esto no es así, se tiene por

(26) La tacha se apoya, por un lado, en la función creadora del juez penal y, por otro, en la noción estructural del delito. En lo que concierne a esto último se puede mostrar también la actitud de ideólogo, igual que lo que hemos hecho para lo primero en este artículo. Pero el asunto merecería un trabajo aparte.

vía indirecta una comprobación de cuanta actitud de ideólogos hay en este episodio. En efecto, los siguientes párrafos son de una carta que, sobre el tema, dirigí, con fecha 7 de agosto de 1944, al reputado maestro español, reclamándole la omisión de mi nombre en el texto de una conferencia suya pronunciada en Lima:

“—Recordará Ud. que a fines del año 1942 viniendo juntos en el tren de La Plata, le hice conocer mi flamante Programa de Filosofía del Derecho, acabado de imprimir, conteniendo el desarrollo completo de mi materia que recién en ese año había podido hacer. A Ud. le llamó especialmente la atención el punto 74, cuyo parágrafo e reza así: “Las sanciones del derecho positivo; su clasificación y su sentido jusfilosófico; significación metafísica del principio penal-liberal *nulla poena sine lege*”.

“A su instancia, durante gran parte del viaje, le expliqué el desarrollo que yo hacía de ese punto (tema que, por lo demás, así había ya expuesto en los años 1939 y 1941 en mis clases como suplente). En síntesis mi pensamiento definía a la citada máxima liberal como verdadera justicia, es decir, como justicia racional, por cuanto las sanciones penales carecían de intrínseca correspondencia con el entuerto y, por ello, de racionalidad, ya que lo racional se define por el principio de identidad. De ahí la resistencia de la razón para extender por analogía las sanciones penales.

“Recuerdo muy gratamente su entusiasmo con mi idea. Entre otras cosas me dijo Ud. que conocía fundamentaciones científicas y políticas de la referida máxima; pero que no se habían dado de ella fundamentaciones filosóficas. Efectivamente la idea era producto de mis meditaciones personales y entronca en el desarrollo existencial de la Filosofía del Derecho en el que vengo trabajando desde hace años. Con gran extensión y bastante éxito, ese tema de la justicia verdadera había sido desenvuelto

por mí en el curso extraordinario que di en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en agosto-setiembre de 1941; y del cual hace referencia Juan Francisco Linares en su hermosa obra "El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina (Depalma, 1944).

"Y bien, leyendo en estos días el número de julio-setiembre de 1943 de "La Revista del Foro" (Lima, año XXX, núms. 7 a 9), me di con su muy valiosa conferencia "Normas para la interpretación de la ley y la praxis judicial"; y allí, en la pág. 278 de la revista, reconocí el eco, sucinto pero fiel, de aquella nuestra conversación en el tren viniendo de La Plata. No ha escatimado Ud. en destacar, como es natural, que ese enfoque de la máxima, es un enfoque filosófico. Pero lo que me sorprende es que no figure ni una sola referencia a mi nombre en esa página, siendo una idea mía y no desarrollada desde el ángulo filosófico por ningún autor europeo; y habiendo tanto otro nombre traído a cuento a propósito de los ángulos de enfoque científico y político de la misma, en la misma página.

"Acaso se trata de una omisión del taquígrafo en pruebas que Ud. no haya corregido, siendo conocida la dificultad que tienen los taquígrafos para captar nombres propios y estando Ud. como ave de paso en Lima en esa oportunidad. Sea esta u otra cualquiera la explicación, estoy muy seguro que la tiene; y por eso le escribo estas líneas para solicitársela, pues mi interés por conocerla es harto justificado. Que no se cite a un autor porque no se tenga ganas de hacerlo, me parece muy bien cuando se trata de ideas ya circulantes. Pero no respecto de ideas originales y originarias que todavía circulan apenas en forma oral en la cátedra universitaria, máxime cuando, como en este caso, son productos nacidos al calor de la misma casa de estudios, donde Ud. y yo uníamos nuestro esfuerzo para dignidad de la cultura fundamental argen-

tina. No sólo, pues, por mi interés personal, muy explicable, sino también por el nombre de la Universidad de La Plata y, con ello, por el aporte cultural que la Argentina tiene que dar a los países hermanos de América, he sentido yo muy a lo vivo la omisión de mi nombre en el desarrollo de su conferencia tal como ha sido publicada.

“Aparte su calidad de Maestro, que yo no escatimo en proclamar en todas partes; aparte su calidad de grande amigo, que me complace en subrayar también en todas partes, conserva Ud., para mí su carácter de colega como profesor de la Universidad de La Plata, que lo sigue siendo en el corazón de todos los que lo han conocido como una virtualidad subordinada a circunstancias muy ocasionales mientras viva Ud. en la Argentina. De ahí que espero su aclaración con un interés muy vivo, porque estoy seguro y lo tengo por cierto que el suyo no ha de diferir un ápice del mío.

“II.—Pasando a la otra cosa, ya no tan personal, sino más vale de cierto trasfondo polémico, aunque denota en Ud. que poco o nada estima lo que en la Argentina se está haciendo en materia de Filosofía del Derecho y de Teoría general del Derecho. Es claro que es Ud. muy libre de formar sus convicciones como le plazca. Sobre esto no es una carta el lugar para discutir, sino el libro. Y aquí el juez será el tiempo. Por eso no quiero en este punto paralelizar a las suyas mis ideas, pero sí formularle unas preguntas.

“En la p. 281 de la citada revista, leo en su conferencia lo siguiente: “Como si trataran los países hispanoamericanos de librarse de la rancia posición positivista, ceden ahora a un formalismo excesivo, a una lógica del Derecho, que no otra cosa es la posición de Hans Kelsen, *totalmente superada hoy en Europa*”.

“Quisiera que me diga *dónde y por quiénes* está hoy superada *en Europa* la puerta que la Teoría pura del Derecho ha abierto a los estudiosos del Derecho.

“¿Es en Alemania? No lo parece, a estar a la información bastante completa de las ideas jurídicas que trae Larenz en su “Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado” (Bosch, 1912), que llega hasta el año 1935 (y aún algo después), donde todos los autores posteriores a Kelsen, frenópatas del nacional-socialismo casi todos ellos, parecen atacados de un misticismo estatal y totalitario, donde si algo es seguro es el naufragio de esa postura científica acerca del Derecho que, a pesar de tanto traspie sucesivo, se mantiene constante a lo largo del siglo XIX desde Savigny en adelante.

“¿Es en Francia? Tampoco lo parece, pues sobre la grande y chata penumbra de sus pobres juristas empiristas, directamente responsables de la declinación de los estudios en América Latina, se ve como sombras alejadas ya en el horizonte del pasado, al positivista Duguit y al jusnaturalista Gény; y desde entonces a la fecha sólo ha brotado la escolástica clásica con Dabin y la teoría de la Institución con Renard y el padre Delos, que la han llevado en sus últimos desarrollos a un misticismo desilusionante e infecundo donde parece haber pasado ya a mejor vida.

“¿Es en Italia? Tampoco lo parece, a estar a la literatura que comprende hasta el año 1939 y donde, por encima del positivismo y neopositivismo todavía vigoroso, la influencia idealista de Croce y Gentile otrora avasalladora en inúmeros juristas, no tenía nada más que oponer que el neo-kantismo de Del Vecchio hoy reverdeciente en Castiglia, Falzea y otros.

“¿Es en España? Tampoco lo parece, a estar a la in-

formación nutrida y completa de Legaz y Lacambra en su "Introducción a la Ciencia del Derecho" (Zosch, 1913), pues fuera de Legaz que lucha, a gran altura, por conciliar a Kelsen con los padres de la Iglesia, no aparecen sino escolásticos ortodoxos y pequeños como Cortis, Puigdoll'er, Truyol, Galán y Gutiérrez.

"¿Es en Rusia? Lo ignoro, aunque dudo mucho que Rusia esté en condiciones de monopolizar el concepto de ciencia, tan occidental como es éste. ¿Es en Checoslovaquia? No parece, pues allí Weyr y Kallab manejan a Kelsen como un ariete. ¿Es en Bulgaria y los Balkanes? Allí Erlich no supera el positivismo; tampoco Ganeff.

"¿Es en Inglaterra? No, sin duda, para su pensamiento al menos que muy poco inspirado lo veo en la visión anglosajona del Derecho. (Yo, por el contrario, creo que podrá ser teorizado perfectamente por la Teoría Ecológica, con lo cual quiero decirle que lo considero muy compatible con la Teoría pura del Derecho).

"¿Dónde, pues, en Europa y quienes son aquellos juristas que, con proyecciones para una teoría general del Derecho, dan fundamento a su despectiva frase, arriba citada, sobre Kelsen? Pues incluso entre los juristas españoles venidos a América después de la guerra civil, la unanimidad anti-kelseniana no existe. Pero con esto ya estaríamos en América, en cuyo caso no es lícito olvidar, al emitir el juicio, la obra de los juristas americanos que alcanzara valor universal en la doctrina como es, en su esfera, la de Sebastián Soler, en quien es Ud. mismo el que ha notado —aunque yo estimo que con exageración— una fuerte impronta kelseniana! ¿Dónde, pues, está Kelsen *totalmente superado*, como dice Ud. en su conferencia?

"Me temo, por el contrario, que los Maestros y juris-

tas españoles, de puro recalcitrantes para no hacerse cargo de la crisis que afecta al conocimiento jurídico, están incurriendo en la tremenda responsabilidad de anexas un anquilosamiento mental a las nuevas generaciones de nuestra habla, jugando con un conservatismo teórico cuya infecundidad notoria ya se prolonga demasiado tiempo como para engañarnos de que gozamos de salud mental. Estimo que frases como la suya, dichas al amparo de su inmenso prestigio en comunidades pequeñas como la peruana, y sin darse los fundamentos del caso, son dañosas para el desarrollo del espíritu jurídico-científico de América, porque en vez de abrirlas las puertas de la inquietud, incitándolas a salir campo afuera para correr, en lo nuevo, la aventura de su propio pensamiento, las atemoriza Ud. con lo para ellas desconocido que Ud. descalifica y las concita a seguir repitiendo lo que hasta ahora han estado repitiendo.

“Su invocación espectacular de autoridad al suelo de Europa, en aquella frase, revela cuán poco nos comprenden Uds. los españoles. Han visto siempre a América a la zaga de Europa, y en particular de España... aunque por cierto no siempre ni en todo ha sido así: me bastaría invocar la formación del Derecho constitucional argentino. Parece que les basta decir que en Europa se piensa así o asá, para que haya ya de torcerse en forma paralela el pensamiento americano, sin detenerse a valorar ni un momento lo que al respecto se haya hecho o se esté haciendo en América con autonomía. Y en todo ello sin hacer examen de conciencia de cómo la ligereza española ha embarcado a contramano al pensamiento del idioma: ochenta años atrás nos decían que en Europa se pensaba con Krause y llenaron nuestras cabezas con estériles nebulosidades, siendo que el pensamiento de Europa iba por otros rumbos.

“Así también le diría yo a Ud. que, en el horizonte

jurídico, por un sino que se repite, les ha tocado a los juristas españoles caer en la más infecunda y pueril desinterpretación de Kelsen sin haberlo meditado bien. (Yo al menos no conozco ningún análisis profundo de la Teoría pura del Derecho, que la rearticulara desde sus fundamentos, escrito en España). En lugar de utilizar a la Teoría pura del Derecho como un formidable instrumento de liberación mental, capaz de descargar al pensamiento jurídico de toda servidumbre espúrea, la hilvanan con frases despectivas cuyo análisis me gustaría mucho hacer mano a mano con quienes las emiten.

“Tengo confianza que mi libro “La Teoría egológica”, ya recibido por Ud., lo haga meditar por sus fundamentos en todo esto que le estoy diciendo a propósito de Kelsen. Mi mayor satisfacción sería que Ud. llegue a poder decir, porque ya tuviera la convicción por dentro de que América puede muy bien no estar a la zaga de Europa, sino adelante o por encima: “En Europa se piensa así, pero en América, o en la Argentina, o en cualquier otra parte, se piensa de esta otra manera”. Y luego analizar el fundamento de tales pensamientos. La ciencia no es europea, sino universal; aunque se haga en Europa. Lo mismo lo seguirá siendo si se hace en América. Y, créame, la teoría egológica del Derecho no es lo que se piensa en Europa del derecho. Lo confirmará Ud. mismo. Lo que no significa, precisamente, que esté a la zaga de lo que se piensa en Europa, ni que hayamos de negarle la posibilidad universal inherente a toda ciencia. Lo lamentable sería que los intelectuales españoles fueran los últimos en comprenderla por estar habituados a la idea imperial de que las colonias son receptoras, pero no dadoras de cultura. Lo que yo he dicho para autenticar la interpretación de la Teoría pura del Derecho, que ha valido en La Plata y en Harvard, no se por qué no habría de valer en Lima”.

La respuesta del profesor Jiménez de Asúa no tardó en llegar; es de fecha 14 de agosto de 1944. Y en lo que concierne a los temas por mí planteados, decía lo siguiente:

leza”.

“I.—Como Ud. ha sospechado, la omisión de su nombre al exponer, de una manera sucinta, el fundamento filosófico de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, se debe a los taquígrafos. Esa conferencia no fué corregida por mí, sino por el Dr. León y León, grande amigo mío y que fué Director de Prisiones en el Perú. Cuando yo la ví, experimenté profundo desagrado, ya que está llena de erratas. Los taquígrafos habían omitido los nombres propios y el Dr. León puso algunos, no sin graves equivocaciones. Por ejemplo: cuando hablo de las opiniones emitidas por Ferri y un profesor holandés, a propósito de la disparidad entre penas y delitos, se menciona a van Hamel. Ello se debe a que los taquígrafos dejaron en blanco el hueco del nombre y como el profesor holandés más conocido es ese, el Dr. León puso el apellido sin recordar que no era el notorio Profesor de Amsterdam quien había hecho aquellas observaciones, sino Modernmann. Esta no es más que una muestra de las muchas tergiversaciones que la tal conferencia contiene. El Dr. León y León, que no se ocupa de filosofía, ignora sin duda la existencia de Ud., y como los taquígrafos no hacen constar nombres propios, el ex-Director de Prisiones de Lima se limitó a tachar algunas palabras que acompañaban al hueco donde el nombre había de estar, dejando así sin padre la teoría.

“Para evitar que ello ocurriera con las conferencias siguientes, escribí a mis amigos de Lima, rogándoles que no siguieran publicándolas hasta que yo las corrigiera, y revisando estoy los textos de las otras tres, así como la anterior, que en breve mandaré al Perú para que to-

das juntas sean reimpresas en un folleto. Cuando la edición se publique podrá Ud. comprobar que su nombre figura como expositor original de la muy certera interpretación metafísica de la máxima aludida.

“II.—Creo como Ud. que una carta no es el lugar propio para discutir temas tan arduos como los que Ud. presenta en el apartado II de la suya. Sin embargo, hay algo en lo que Ud. dice que necesita ser recogido. Ante todo, yo no veo en el vocablo “superar” el sentido peyorativo que Ud. halla. Al contrario, entiendo que la ciencia y la filosofía marchan sobre escalones. Cuando éstas no suben en escalera, son errados los pensamientos. Se desechan y nada más. En cambio, cuando tienen algo de cierto sirven para que apoyemos el pie y alcancemos una meta circunstancial más alta. Eso es *superar* en el lenguaje castellano y así es como yo la usé. A mi juicio —y perdone Ud. si piensa lo contrario— la teoría de Kelsen está totalmente superada. Y ahora añado que no sólo en Europa, sino aquí en la Argentina. Hermann Heller, a quien Ud. rebate en su último libro, había, a mi entender, aunque no al de Ud., superado la teoría de Kelsen y así todos los pensadores alemanes anteriores a 1933, en que, como Ud. dice muy bien, se ha desencadenado una ola de misticismo nacional-socialista totalmente incompatible con la labor científica. Estoy de acuerdo con Ud. en cuanto al juicio que le merece la ciencia jurídica francesa y la ius filosofía de aquel país, por eso no tengo por qué aludir a Francia ni tampoco a Italia. Me refiero a Alemania y, si Ud. me lo permite, a España; mas sería por demás inoportuno que yo, español, hablase de mi país ahora.

“En cambio, si quiero hacerlo de la Argentina. ¿Se atrevería Ud. a afirmar, dentro de la pureza filosófica y científica que no ha superado Ud. la teoría de Kelsen? Toda su labor es esa. Haber apoyado su pie en la escuela

kelseniana para ir hacia arriba. He quedado antes en que esto es superar una teoría, como sería también superar un camino”.

* * *

Demás está agregar que el maestro español, con toda premura y precisión, cumplió la promesa de salvar la omisión de mi nombre en la disertación a que se refieren los apartados primero de las precedentes cartas. En efecto, en 1945 dió a publicidad el tomo 5c de “El Criminalista”. Allí, en la p. 182, corre, salvando erratas, el mismo texto que motivó mi carta del 7 de agosto de 1944, con el siguiente agregado final: “Ha sido Carlos Cossio, en meditaciones aún no publicadas, quien por vez primera ha visto el aspecto filosófico del principio: no hay delito ni pena sin ley”.

5.—*La contribución argentina al pensamiento
jurídico actual*

Si es relativamente fácil saber de qué falacia proviene un acto de ideólogo en el ámbito científico, no lo es tanto determinar con qué secretas y latentes fibras de la personalidad está ligado en su origen y trayectoria; máxime cuando hay que suponerlo —como en el caso que nos concierne—, muy leal y sincero dentro de la personalidad de sus autores, por ser ideologismo científico y no ideologismo político. El científico que ideologiza toma una actitud de político, sí; pero acerca de la ciencia, no respecto de la política. No es que el científico, como el político, defienda un prejuicio axiológico —aunque esto pudiera resultar—, sino que con prejuicio acerca de lo que la ciencia es, no ve la científicidad de un saber que no es el suyo, viéndolo entonces, por exclusión, como una actitud disimulada de partidismo.

Sin embargo, la trayectoria de los hechos revela

siempre aquellas fibras ocultas y latentes. De modo que, con explicable paradoja, es un cálculo sobre el futuro lo que ahora nos puede dar alguna luz sobre el punto.

En este sentido cabe preguntar qué es la teoría egológica para tener esa diabólica virtud que la hace propagarse en una forma sin precedentes en la historia de las ideas jurídicas latino-americanas; y que a unos arrebatada y a otros irrita, pero que a todos conmociona, hasta el punto que hoy, en la Argentina, existen sólo los egológicos y los anti-egológicos, sin un territorio intermedio para un campo neutral, por su indiferencia (27).

Si respondiendo a aquella pregunta supusiéramos que, por la novedad de sus puntos de vista, por su coherencia sistemática y por la hondura de los mismos, la teoría egológica es una auténtica escuela, entonces quizás tendríamos en la mano el hilo para marchar por el laberinto.

Hagamos por un momento esta suposición. ¿No quedarían aclarados, entonces, el sesgo imperialista, el acento dominador, el poder expansivo que, según se dice, ella tiene? ¿Y no se explicaría también que, de hecho, sin propósito deliberado, su mera presencia haya resultado casi una agresión, desatando tanta polémica? Porque ahondando sobre esta suposición, las perspectivas son indubitables, pues ¿cuáles son los efectos de una auténtica nueva escuela, en el ámbito humano de los profesionales donde ella cobrará vida? Una nueva escuela archiva todo un saber hasta ese momento relumbrante, envejece a autores que están en plena producción, da prestigio de museo a los prestigios de cátedra, antedata los

(27) Así es de aguda la alarma que traduce NUÑEZ, en el capítulo primero del trabajo que hemos citado en la nota 6, cuando acota que la teoría egológica ha pasado ya de las especulaciones teóricas de los juristas a la práctica judicial del derecho penal; que se ha extendido por los más distintos puntos del país; y que ya ha bajado de las alturas de la filosofía para penetrar decididamente en el campo positivo constitucional, administrativo, civil, penal, comercial, procesal, etc.

libros que todavía están en la imprenta, signa de preterito todo lo que se opone a su paso. En una palabra, si a las ideas las desplaza, a los hombres los caduca cuando no quieren abandonarlas. Literalmente es un drama de ser o no ser para el hombre que cultiva la ciencia, porque su única salvación es la del ave fénix: incinerarse para poder renacer de sus cenizas. Podrá creerse, acaso, que hay toques de exageración en este cuadro; sin embargo no es así; para convencernos pensemos en algo tan distante y ajeno a nosotros, que nos permita apreciar las cosas con neutralidad; por ejemplo, en la situación de los astrónomos ptolemeicos en el momento en que aparece la escuela de Copérnico y Galileo. Y como esta situación, vitalmente catastrófica para los científicos representantes del pasado, se produce por la mera acción de presencia de la nueva escuela, resulta más que justificado que los hombres afectados se transformen en ideólogos de la ciencia, al defenderse.

Tal es la importancia que tiene la pregunta sobre si la teoría egológica constituye una nueva escuela, en toda la amplitud del término. Porque, en caso afirmativo, todavía habrían de agregarse dos consideraciones especiales del más subido interés. Habría de tenerse presente, en primer lugar, que ni en la América Latina ni en el bicéfalo tronco peninsular, se ha tenido nunca esta experiencia del nacimiento de una escuela jurídica, desde que la Dogmática está constituida en ciencia (27'). El pensamiento de estos países ha vivido siempre de escuelas foráneas, más o menos asimiladas. En tal caso, la de la teoría egológica sería la primera experiencia vernácula, de modo que nosotros no sabemos con qué des-

(27') Así, el profesor español JOSE CASTAN TOBEÑAS, actual presidente del Tribunal Supremo de Madrid, en un libro lleno de pulcra erudición, trae una completa clasificación de las escuelas jurídicas donde la teoría egológica figura como "le grain de beauté" de origen ibérico ("Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho", ps. 14 y 49 a 53. Madrid, 1947, Reus).

garrones dolorosos se dramatiza la aparición pristina de una escuela jurídica en carne propia, cuando toca soportar las primeras estrías de la corteza y los primeros calambres de la inmovilización, a los estudiosos del contorno lugareño. Pues cuando a una escuela foránea, siguiendo el progreso de la ciencia, substituye otra escuela también foránea, todas aquellas tensiones se viven muy amortiguadas porque ya se va sobre camino abierto. Tal así la nodriza que no conoce los dolores de la madre. Pero, en segundo lugar, ello significaría también, por parte de la República Argentina, una contribución al pensamiento jurídico del mundo civilizado sobre cuyas proyecciones huelga toda especulación.

Con todo esto yo únicamente he formulado una hipótesis de esclarecimiento, probablemente sin suficiente apoyo en la realidad. No se la tome como una afirmación de mi parte, quitando al tiempo una palabra que sólo él puede pronunciar. En todo caso, nunca sería yo mismo la persona más indicada para proferirla.

En tal sentido ha de recordarse lealmente, que los adversarios de la egología la minimizan categóricamente. Así, para el maestro Jiménez de Asúa, que gusta hablar de "los afiliados al kelsenismo argentino" y de los "neokelsenianos platenses", la "novedad" egológica "se mueve en la Argentina en el ámbito de la teoría kelseniana que como se sabe ha tenido en suelo platense acatamiento y discutidas ampliaciones" (28). Pero como es natural, frente a los adversarios, los partidarios se expresan de muy diferente manera. Poco interés tendría en fatigar al lector con citas de los que están, por uno y otro cabo, tirando de la cuerda. Pero otra cosa puede significar, para orientarnos todos —adversarios y partidarios—,

(28) LUIS JIMENEZ DE ASUA, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en LA LEY del 28 de octubre de 1947. Buenos Aires.

la opinión de los que no están en el ajeteo; es decir, de aquellos que, geográficamente distantes, no están competidos a opinar sobre la egología sin haberla meditado, debido a esa tremebunda compulsión que ejerce la circunstancia inmediata y que lleva a tanto maestro a hablar a sus discípulos de lo que en realidad no sabe.

Con esto —debo insistir— no quiero que se me vea resolviendo, con palabra ajena, la cuestión de si la teoría egológica del Derecho constituye una escuela jurídica. Sólo quiero justificar ampliamente que esa importante cuestión es una viviente posibilidad y un auténtico destino. Esto es un homenaje que debo a mis discípulos por el valor ejemplar con que libran esta batalla, encendida por su amor al saber; principalmente a aquellos que tan entrañable amargura han bebido a raíz del tema acusatorio que motiva estas páginas. Tal sea el sentido de estas transcripciones finales deliberadamente limitadas a lo más decisivo y escogidas con alguna intención, entre otras muchas no menos significativas:

Desde los Estados Unidos, Josef L. Kunz, el sabio internacionalista vienés, amigo y discípulo de Kelsen, ha escrito: "Una escuela de Cossio, por así decirlo, se está haciendo. Ningún jusfilósofo latino-americano ha entendido a Kelsen mejor que Cossio. Mientras los otros jusfilósofos latino-americano, para ir más allá de Kelsen, confrontan la teoría pura del Derecho con la filosofía metafísica del Derecho, Cossio confronta la filosofía del Derecho con la ciencia del Derecho. La última tiene por objeto propio la conducta humana; la lógica jurídica formal tiene a las normas por su objeto propio, las que son meramente representaciones intelectuales de conducta humana, conceptos con los cuales nosotros pensamos conducta humana" (29).

(29) JOSEF L. KUNZ, en "The University of Chicago Law Review", vol. XII, p. 226, febrero de 1945.

Desde España, el ilustre Werner Goldschmidt, que a comienzos de 1946 había criticado duramente la sistemática de la teoría egológica, a fines de ese mismo año ya escribía lo siguiente: "La teoría egológico-conductista de Cossio constituye un mayúsculo esfuerzo de crear una filosofía de Derecho moderna, lo que quiere decir: una filosofía jurídica consciente de la situación actual filosófica y jurídica" (30).

Y el distinguido profesor bogotano Abel Naranjo Villegas: "La aplicación más ilustre, en nuestro concepto, de los métodos fenomenológicos al Derecho, es la que ha levantado sólidamente el egregio profesor argentino Carlos Cossio en su obra "La Teoría egológica del Derecho" (31).

Y Miguel Reale, el reputado profesor brasileño: "La originalidad de Cossio está en pretender conciliar, en la esfera del Derecho, la corriente fenomenológica y la doctrina de Kelsen, pero no acentuando, sin embargo, el primado de la norma objetiva, como es el caso de Fritz Schreier o Félix Kaufmann, sino más vale la posición del sujeto, con derivación más de Heidegger que de Husserl!" (32).

Y el eminente Luis Legaz y Lacambra: "La teoría egológica representa la más lograda aplicación realizada hasta ahora de la metafísica del existencialismo al pensamiento jurídico" (33).

(30) WERNER GOLDSCHMIDT, "En torno de la Escuela Egológica del Derecho", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 22, núm. 221, octubre de 1946, Madrid.

(31) ABEL NARANJO VILLEGAS, "Filosofía del Derecho", p. 24. Bogotá, 1947, ed. Teoría.

(32) MIGUEL REALE. "La teoría estimativa del Derecho", en Revista da Faculdade de Direito de Sao Paulo, vol. 34. p. 136.

(33) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "La Concepción egológica del Derecho", en Rev. Información Jurídica, núm. 53, p. 23. Madrid, 1947.

Y Antonio José Brandao, el grande y profundo jurista portugués: "Con la teoría egológica tratase de una manera de teorizar sobre el Derecho; y no de una cualquiera, sino, precisamente, de una manera nueva. Entre los raros que se encuentran viviendo la actual crisis de la ciencia jurídica desde el plano del intelecto, cuéntase el profesor Cossio. De ahí el interés de su ensayo de superación. Y en este grave instante en que, a la postre, el concepto de Europa dejó de ser meramente geográfico para tornarse cultural, no me parece que sea lo menos importante subrayar que esta nueva manera de teorizar sobre el Derecho, nos venga de la América latina" (34). "La teoría egológica constituye la más notable superación de la teoría pura del Derecho, a la cual, por su parte, corresponde la más prestigiosa construcción jurídica de comienzos de nuestro siglo" (35).

Y el agudo autor escolástico, Alfonso Ibáñez de Aldecoa, salvando todos los reparos que le impone su escuela: "El egologismo supone una verdadera innovación en la investigación jusfilosófica, desplazando la normatividad axiológica por una objetividad ontológicamente pura. La corriente egológica significa mucho más que un oponerse al jusnaturalismo, al imperativismo o al sociologismo como una nueva forma de valorar el deber ser de la norma jurídica: enfoca el concepto del derecho desde una apreciación jamás ensayada ni prevista, obteniendo un resultado ontológico al que no pudieron llegar ninguna de las construcciones antes nombradas, ni la propia de Kelsen. La concepción egológica representa un nuevo giro en la investigación, que nos lleva a la esencia del Derecho determinada en la Crítica jurídica, sin que concep-

(34) ANTONIO JOSE BRANDAO, en el "Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra", núm. XXII, p. 529. Coimbra, 1946.

(35) ANTONIO JOSE BRANDAO, "Fenomenologia da Sentença", en Boletim do Ministerio da Justicia, N° 2, p. 307. Lisboa, 1947.

túe la significación normativa de la conducta humana como una entidad vacía" (36).

Y por último, no puedo excusarme de transcribir este emocionado párrafo de un dignísimo profesor colombiano, el penalista Mario García Herreros: "Para mí el movimiento iniciado por Cossio como complementación de la síntesis histórico-filosófica de Kelsen en la ciencia del Derecho, tiene una grande importancia cultural para América toda. Ella implica en lo jurídico la empresa que llevaron a cabo, en lo político, respecto de Europa, los emancipadores americanos del siglo pasado. Independencia en el pensamiento, abandono de la calidad de satélites de la cultura europea, aún cuando por imperativo de las leyes del desarrollo cultural de la humanidad, tengamos siempre que estar sometidos a las ineludibles imposiciones de la gravitación: ésta implica propiedad de masa y conservación de espacios, es decir, personalidad propia y campo de acción particular con proyecciones universales" (37).

CARLOS COSSIO

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata y Profesor en la Universidad de Buenos Aires.

(36) ALFONSO IBÁÑEZ DE ALDECOA, "Revelación, Filosofía y Derecho", en Rev. Información Jurídica, núms. 50-51, p. 95. Madrid, 1947.

(37) De una carta del profesor MARIO GARCÍA HERREROS al doctor LAUREANO LANDABURU (H.), fechada en Bogotá el 15 de octubre de 1947.