

TEORIA PURA DEL DERECHO Y TEORIA ECOLOGICA. BREVES APRECIACIONES

Por RICARDO BALESTRA

Ocorre al estudioso de la filosofía, que compara los principios sustentados por Hans Kelsen y Carlos Cossio, al referirse al Derecho, que comprueba cómo a partir de principios distintos que marcan las bases fundamentales de ambas doctrinas, cada una de ellas sigue por desarrollos propios que no admiten paralelismos en muchos casos, ni tampoco debate en cuanto a la correspondencia de esos contenidos a la realidad.

Razón de esto es que, aceptados uno u otro punto de partida, parecerán luego las implicancias del que se sigue desajustados a toda otra explicación que no sea de las primarias con las que guardan consecuencia. Prueba de ello es la polémica formal desatenta a principios profundos de cada teoría, sostenida por los dos maestros, publicada en un libro de editorial Kraft (Kelsen - Cossio. "Problemas surgidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura") y en la revista La Ley (Tomos Nos. 50, 72 y 76).

Sólo el diálogo de ambos justicéfilos alcanza revelaciones aclaratorias, cuando precisamente se dirigen al punto de partida que los separa: la consideración del objeto Derecho; ya como quiere Kelsen, deslindado de todo matiz metafísico (juego de la libertad en la teoría cossiana), de valoraciones históricas, de elementos políticos, éticos, religiosos, sociológicos; ya como pretende el profesor argentino con una amplitud mayor y de alcances metafísicos.

Teoría Pura "stricto sensu" y "lato sensu"

Vayamos directamente a la consideración de los puntos salientes de la polémica. Una de las primeras críticas que dirige Cossio, es que Kelsen en la Teoría del Derecho y del Estado hace Lógica Jurídica Formal, que se tramonta en cuatro postulados esenciales:

- 1) Descubrimiento de la cópula "deber ser".
- 2) Teoría de la norma jurídica como juicio estructurado con aquella cópula.

- 3) Teoría del ordenamiento jurídico con jerarquía de normas, siendo la superior la determinante del órgano inferior creador de Derecho.
- 4) La superación de dualismos jurídicos, tales como: Derecho Público y Privado; Estado y Derecho; Orden Jurídico Nacional e Internacional.

Si es cierto el aserto de Cosío, o bien si tiene razón Kelsen señalando que el juego de los principios lógicos utilizados para armar la estructura de su teoría no agota a aquélla, que tiende a definir conceptos fundamentales del Derecho, como norma, deber jurídico, autorización o responsabilidad, y que no serían función de la Lógica, no interesa mayormente al interés de fondo de ambas doctrinas.

El axioma ontológico de la libertad.

Otro punto de separación entre Teoría Pura y Teoría Ecológica pareciera ser el del principio: „todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”. El mismo es aceptado por ambos juristas, pero ocurre que mientras Kelsen señala la validez lógica de la inversión del mismo (“todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido”), Cosío señala que ésta carece de validez conceptual y no tiene comprobación en la realidad. Pero aquí la divergencia también es formal, pues mientras, dice Cosío, que si fuera válido este último principio, caeríamos en la necesidad de una minuciosa descripción de los actos permitidos por el Derecho, Kelsen señala que “permitido” significa en unos casos “no prohibido” y en otros “facultado” (expresamente).

Cosío sostiene la validez del primer principio fundándolo en la libertad de la conducta, que impediría (como principio ontológico) que la enunciación incorrecta pueda tener su verificación intuitiva, y no en razón de un principio de lógica analítica, como quiere Kelsen, rechazando toda concepción sobre la “libertad metafísica del Hombre”.

Pero aquí, sin embargo (sin que esto tenga más relevancia que un principio más que no llega a hacer al fondo de la cuestión), Kelsen se equivoca; porque, si al decir “todo lo no permitido, está prohibido”, alude a “no facultado”, él mismo reconoce que no todo lo no facultado está prohibido¹ y si se refiere a no permitido como prohibido, el asunto pierde interés, pues de antemano ya estaría dándole su acepción a “no permitido” como: prohibido expresamente.

¹ Adhiriendo en ejemplo puesto por Cosío sobre un pagaré que siempre hay posibilidades abiertas para la decisión voluntaria, las cuales no podrían ser abarcadas por determinaciones de “lo permitido”.

El objeto Derecho

Aquí es donde evidentemente ambas teorías encuentran su discrepancia; pero parece imposible hallar el aserto de los principios que basan a uno y otro, pues ambos se resumen en criterios de voluntad de los respectivos juristas. Efectivamente, podremos hallar en cada una de las teorías, sustentos lógicos (Kelsen sobre todo) o fenomenológicos y ontológicos (Cossio principalmente, siguiendo el método de Husserl y la metafísica de Heidegger en la forma de su desarrollo), que avalan la verdad de la definición de derecho subjetivo, competencia, responsabilidad, relación jerárquica del ordenamiento, etc., en un caso; o bien las características de la conducta, del error doctrinario, del conocimiento de protagonista y "verdad jurídica" en el otro; pero, si bien dichas formulaciones, serán coherentes con los precedentes de cada teoría, no hallaremos principio de validez científico que justifique la consideración del Derecho en su forma para, como conjunto de normas o bien desde un ángulo egológico como interferencia intersubjetiva o conducta compartida.

Tales afirmaciones ya dejan de ser meras descripciones del objeto del análisis, para ser construcciones ideológicas a la que cada teoría habrá de rendir el tributo de su justificación.

En la parte de la polémica referente al objeto Derecho, caen sus sostenedores en la discusión, también formal, sobre si el substracto perceptible y el sentido espiritual de dicho objeto no coinciden —como señala Kelsen al acusar a la Egología de redundancia— o bien si el ser de ese objeto cultural es su sentido como destaca Cossio, para avalar su tesis de que lo esencial en el Derecho es la conducta compartida.

Norma y proposición jurídica

Otra distinción que hace Kelsen y a la que Cossio critica, es la mencionada en el título. En efecto, si la primera (la norma), es el contenido del derecho establecido por el órgano ("el que matare será castigado con prisión de 8 a 25 años") y la regla de derecho (o proposición jurídica), la forma auxiliar de que se vale el jurista para describir el derecho mediante la cópula "debe ser", dice Cossio que bastaría que en las formulaciones normativas del órgano se reemplazase la forma "ser" (en sus diversos tiempos) por la de "deber ser" para que se tomara superflua la actividad del jurista.

Esto lleva la polémica al problema de si el órgano conoce el derecho como "protagonista" o se limita a interpretar las normas existentes de una forma mucho más estrecha que el jurista, que al describir su objeto lo conocería científicamente como quiere Kelsen.

Otro aspecto en discusión (más que de fondo, de aspectos terminológicos) es el relativo a la relación entre la verdad y las normas. Mientras el profesor vienés sostiene que la calidad de verdadera no es aplicable a la norma jurídica, sólo susceptible de considerarse válida o inválida, eficaz o ineficaz, Cosío recurre a la distinción entre verdades de esencia, de existencia y de valor para ubicar a la norma jurídica en cualquiera de los tres planos, y decidir según: 1º) el contenido esencial de conducta compartida; 2º) la existencia de la misma norma, y 3º) la justicia o injusticia de ella, respectivamente, la verdad o falsedad de la norma en cada plano.

Estática y Dinámica Jurídica

Este último aspecto de la polémica, está destinado a indagar si el objeto del estudio de la Teoría Pura es único o bien si hay una dualidad de Derechos, que Kelsen analiza en cada parte de su Teoría General. Una concepción estática, donde se estudiarían las normas jurídicas y otra dinámica donde se analizarían los actos de creación y aplicación del Derecho.

En esta última parte, señala el profesor argentino que, si bien las normas seguirían siendo también objeto de estudio, el aspecto saliente del mismo sería la conducta de los órganos encargados de la creación y aplicación de aquéllas. Y esta conducta no podría quedar como mero contenido normativo por cuanto prescribir un acto, no sería lo mismo que realizarlo.

Esta apreciación conduciría a descubrir una contradicción en el maestro vienés que pretende que en la concepción dinámica es tan sólo el acento lo que recae sobre la conducta (dentro de la norma, considerada como "imperativo despsicológizado") por ser ella de los órganos creadores.

Quizá aquí haya llegado, en su último punto, el debate a un nivel más profundo que en el resto de las argumentaciones formales y no necesariamente incompatibles, en las respectivas teorías, por razón de sus puntos de partida.

La aceptación del principio de libertad como rigiendo las relaciones humanas, o del determinismo, al que estaría sujeta la conducta de los hombres, son los supuestos metafísicos que presiden una y otra teoría.

La problemática de la historia y de la filosofía de la cultura pasan (como aspectos metafísicos) desapercibidos para Kelsen, que avala a partir de allí, de la pureza de "su objeto Derecho", toda la coherencia lógica de su construcción posterior.