

- III -

## SELECCIONES JURIDICAS

•

# LA CIENCIA DEL DERECHO

---

## CAPITULO I

### LA RUTA ONTOLOGICA DE SAVIGNY

Bajo el patrocinio de la "Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social" acaba de aparecer un volumen titulado "La Ciencia del Derecho". Engloba cuatro significativos ensayos que jalonan la disciplina jurídica como ciencia poniendo de relieve la importancia que cobran los nombres de sus autores: Federico Carlos von Savigny, Julio Germán von Kirchmann, Ernesto Zitelmann y Germán Kantorowicz como guías constructores de una disciplina anhelosa de certeza constructiva y validez universal.

El Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social fue fundado por un núcleo de entusiastas pensadores el día 10 de octubre de 1938. Consecuente con sus elevados fines ha creado su Biblioteca, ya ampliamente conocida en círculos nacionales y extranjeros. Ningún homenaje más oportuno pudo obtener en la conmemoración de su primera década de vida, que éste de hacer ver luz, páginas de cuatro grandes clásicos del mundo jurídico, precisamente en sus momentos descolantes, cuando trasuntaban sus intentos de moldear, de una disciplina jurídica que acercara notas a su planteamiento científico. Buena parte de la labor del Instituto, a que nos honramos en pertenecer, centra sus afanes en la búsqueda de los caminos de la Ciencia. A la sombra de ella cultivaron sus componentes las mejores galas intelectuales. Esta publicación es un homenaje viviente.

Señala en el prólogo, el insigne jurista rioplatense Lorenzo Car-



nelli, el íntimo parentesco de estos estudios, correlacionados como si se tratara de cuatro capítulos de una misma obra de idénticos desarrollos, imbrincados por las conquistas logradas que, llevaban dentro de sí el germen de la propia superación. Examinado el tránsito operado por la labor de estos jus-filósofos, el maestro Carnelli aclara el perfil de la ciencia jurídica actual, e informa sobre su técnica y estructura, cifra del común entendimiento científico de los juristas de cualquier rama del derecho que trabajan con los materiales de la teoría egológica, la más sólida altiplanicie divisable en el mundo jurídico filosófico contemporáneo.

La importancia que cobra el planteamiento científico del Derecho, en la economía de la doctrina egológica, es radicalmente máximo. Ha dicho en repetidas oportunidades el Presidente del Instituto y uno de sus fundadores, el Dr. Carlos Cossio con verdadera actitud de maestro que, la teoría egológica no cree que pueda hacerse con provecho una filosofía sobre el derecho a secas, por aquella situación dilemática en que se colocan sus artifices, de reptir lo que las ciencias han dicho con estéril reduplicación de esfuerzos, o de negar las conclusiones científicas, sellando así su propia muerte. Toda auténtica filosofía jurídica, es filosofía de la Ciencia del Derecho.

Este planteamiento obliga a la teoría egológica a rondar en forma permanente en torno a la ciencia de la dogmática que labran los juristas y, lo que es más, a estar alerta en la labor de afinación del perfil de las mismas. Además entonces, de su preocupación por los problemas jus-filosóficos temáticos de la Ciencia Jurídica, la teoría egológica recoge otro problema de orden peri-sistemático. Vale decir, que no está dentro del sistema como serían sus regiones —axiología jurídica, ontología del Derecho, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental— (problemas intrasistemáticos) sino fuera del problema del objeto de lo jurídico, ensamblado en las conexiones del sistema, en su historicidad, prendido de la existencia, hecho carne en la inmanencia axiológica del Derecho referida intuitivamente a lo humano viviente.

Veamos esto un poco más detenidamente. El problema de la Ciencia va de suyo enlazado al de la verdad. La verdad jurídica, por estar referida a una experiencia de libertad, desde que consideramos a la conducta como objeto del Derecho, no nace apoyada simplemente en su dato empírico, como en el caso de las ciencias de la naturaleza que una experiencia feliz cancela automáticamente la vigilancia de teorías que se le opongan, sino que para supervivir, necesita afirmarse en el rechazo temático de las experiencias que se le opongan para en

actitud polémica vencer el obstáculo vigente que le significa una teoría pericitada mostrando dónde está el error que la invalida.

Con esto se evidencia que la verdad jurídica acoge en su seno al "error" sólo para integrarse unitariamente en afirmación veritativa.

En el "Panorama de la Teoría Egológica" Cossio sostiene que la historia de la Ciencia Jurídica es parte integrante de la formación científica del jurista, es claro que, no rigurosamente como historia, sino como **gnoseología del error**. Esta juega un papel elevadamente positivo en la constitución de la verdad jurídica. La idea verificable de que la verdad jurídica emerge apoyada en parte en los errores superados, logra cumplidamente asignar a lo histórico de la Ciencia, como error, un lugar dentro de la verdad. Con ello, no se disuelve la verdad jurídica en histórica, ni tampoco se puede decir, sin más ni más, que una cosa es la Ciencia del Derecho y otra la historia de esta Ciencia; porque hay efectivamente planos incidentales entre ambas. La verdad jurídica se hace cargo de un hecho institucional y, además de un error, cuando tal es el hecho histórico de los juristas como científicos. Se refiere a un "error heterogéneo", cual es el hecho de las teorías jurídicas superadas en que está el jurista. Aquí cabalmente, se encuentra ubicada la incidencia de la historia de la ciencia del derecho en la verdad jurídica como desenvolviendo en escala polémica una "gnoseología del error".

Esta concepción nos coloca ante la verdadera jerarquía que tiene en el Derecho su juego científico y ante la verdadera dimensión de lo histórico en la ciencia del derecho. En los ensayos que se glosan, aparecen rubricadas afirmativamente estas ideas que, hacen de eje y soporte del saldo total de la obra de compaginación emprendida por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.

El primero de los textos "Sistem des heutigen Römischen Rechts" publicado por Federico Carlos von Savigny en 1840 aparece parcialmente traducido por el filósofo privatista Werner Goldschmidt, profesor de la Universidad de Tucumán y uno de sus más claros talentos. Titula al trabajo "Los fundamentos de la ciencia jurídica". Como se expresa en el prólogo, la traducción exige la difícil tarea de interpretar y tras ésta la del profundo conocimiento del idioma originario, del que se vierte y, del tema de que se trate, condiciones que en el profesor Goldschmidt adornan su recia personalidad de pensador sistemático, graduado de abogado en Berlín y después en Madrid, que cumplió labores docentes en la Universidad de Kiel, en el Instituto de Derecho Político de Madrid y actualmente en el Instituto de Derecho Civil de



la Universidad del Norte Argentino, poseedor de un amplio dominio de la técnica de los idiomas confrontados.

Del "Sistema de Derecho Romano actual" el profesor Goldschmidt ha entresacado para verterlas por primera vez directamente del alemán, —pues la edición que circula en castellano de Mesía y Poley, Madrid 1878 es traducción de la versión francesa de Guenoux,— las más importantes piezas, buscando en su elección de armonizar el sentido de las mismas en unidad congruente a lo fundamental de la Ciencia del Derecho, pensamiento subyacente en Savigny.

Curado de tanto ciego racionalismo, la segunda mitad del siglo XIX, reniega de su pasado inmediato que había rematado en aéreo dogmatismo y encuentra el mundo jurídico abocado a la tarea de construir su propia adecuada dogmática, pegada a la realidad de una especial experiencia histórica enancada al "romanticismo jurídico".

Fue, sin sombra alguna de duda, este esfuerzo de los juristas que culmina en la figura señera de Carlos Federico von Savigny, el que acertó en acentuar la particular índole dogmática de la Ciencia del Derecho.

Que por razones metódicas, no pudieran distinguir la singularísima particularidad de esa dogmática, no es demérito atribuirle a estos egregios juristas.

El intento de poner en plano científico al Derecho, contraponiéndose a la concepción a-histórica y a-científica del jus-naturalismo les llevó a la consideración de los contenidos dogmáticos, pero claro está, sin advertir que, estos contenidos dogmáticos de la Ciencia del Derecho, están en indisoluble unión de existencia con valoraciones positivas. Del extremo de las falsas valoraciones ideológicas del iluminismo, cayeron en una pretendida ciencia a-valorativa, sustentada en una pseudo-historia saturada de empirismo materialista entre-cruzado con despliegues lógicos y sistemáticos.

Era el peso de Kant, del Kant que había teorizado lo físico-matemático, cuyos esquemas se desaprovecharon con toda mala fortuna para Gustavo Hugo inspirador de Savigny y para este mismo que no atendió a ver sino forma y materia exclusivamente, en el tríptico del esquema jurídico, dejando a un lado, o por lo menos en la penumbra, al elemento valorativo que completa el terceto en desempeño de funciones primerísimas. El Kantismo parecía así desteñido, traicionado, en el pensar de Savigny, quien utilizábale con grave equívoco de las regiones ontológicas tratadas. Ese error objetal que en nuestros días está rectificado, ha dado pie a la radical superación del abstracto racio-

nalismo en que vivía empapado el Derecho Natural, al ontologizar el Derecho positivo y, hacer patente al mundo de juristas que le sucedieron, que la experiencia jurídica cuenta con un dato concreto, existente, habla de una deuda de la Ciencia jurídica con el maestro alemán.

El ingente mérito de Savigny y de la escuela histórica, estriba en haber considerado como menester específica de la Ciencia jurídica, su sistemática. Haber intentado una sistematización de la Ciencia del Derecho, aun por derroteros lógicos inadecuados, pone a la Escuela Histórica del Derecho como un importante peldaño en la escala ascensional en pos de la auténtica Ciencia jurídica.

El punto de partida de estos juristas tenía una dirección acertada cuando consideraban su disciplina como una ciencia de la realidad, aunque también en este particular, a los pocos pasos, erraron la ruta tras una realidad de índole naturalística que inevitablemente inautenticaba la realidad jurídica.

La faz objetal, de lo que debe entenderse por ciencia histórica y ciencia jurídica ofrecía, como dijimos, en los despliegues de Savigny, hendeduras apreciables.

La historia da su juicio sobre los hombres una vez que éstos han cesado en sus actividades. Es una ciencia cultural, pero de objetos cosificados. El derecho por el contrario es una ciencia que tiene por objeto lo viviente. La conducta humana ida definitivamente, se constituye en objeto histórico, la vivencia de la acción es el objeto propio de lo jurídico. La historia, tomando algún contacto con las disciplinas de la naturaleza, estudia lo ya determinado, hegelianamente podría decirse de su dirección, que interpreta el "en-sí". Sin embargo ese "en-sí" histórico, no puede determinarse en su sentido, por el cuanto de viviente que alberga todo juicio histórico. Tal vez pueda darse como cierto el hecho histórico concluido, pero su sentido social, permanece indeterminado a la espera de futuras aconteceres que expliciten sus significaciones varias. El sentido de la historia sumerge su complejidad en lo más vivo de lo cultural. El derecho está en la esfera de este hontanar tomando contacto con lo histórico sin por ello consubstanciarsele.

El sesgo historicista de Savigny tuvo un contenido muy particular. La vinculación del derecho con el espíritu popular; el planteamiento lógico dogmático preocupado hondamente del perfeccionamiento de los conceptos, de las doctrinas generales y de la profundización esencial de las relaciones jurídicas, les indican como un historicismo más afirmado sobre la faz propiamente científico-jurídica que sobre la científico-his-



tórica. El inmenso acervo jurídico de Savigny le aconsejó apegarse al derecho romano de las mejores épocas y desechar las degradaciones involutivas de los desarrollos posteriores.

De la selección de los textos de Savigny, resalta la importancia de los párrafos 32 al 51 del libro primero, que tratan el problema de la interpretación de las leyes.

Los esfuerzos del siglo XIX por encontrar un método de interpretación de la ley, nacieron con intención y pretensión de la verdad científica como lo demostró harto elocuentemente Cossio en repetidas oportunidades.

Interpretar la ley significaba conocerla; y se buscaba un procedimiento o receta metódica que, aplicado sobre la ley la dejare esclarecida y lista para ser aplicada a otros casos concretos. La fenomenología del problema elaborada por la egología, ha puesto en evidencia que todos estos intentos, en cuanto a verdad jurídica, son radicalmente falsos, porque al querer substituir la conciencia del juez por la receta metódica olvidan que, no se puede prescindir de la conciencia del juez, por ser la verdad jurídica un enunciado no independiente de la conciencia de quien lo enuncia (Bretano-Husserl).

No es precisamente a Savigny, a quien se deben formular los cargos más graves por la sustantive ideología aludida que corrió a través de todo el siglo pasado y en buena parte de lo que va del nuestro. Dominaba en el ambiente de toda esa época una rara suerte de fe en el "hecho", en los hechos escuetos amplificadas históricamente. Todo sentido de estimación no afirmado en hechos, tornábase sospechoso y el derecho, como que es valor ante todo, debió sufrir una manquera lamentable. El descrédito de la filosofía y consiguientemente de las jus-filosofía puso en jaque por su base a la ciencia del derecho que, por vía histórica colaba de matute elementos metafísicos a su acervo, en especial, en la búsqueda de la ley en su verdad, o para mejor decir, en su intervención en la vida, en su interpretación.

Savigny para poner en actividad la interpretación, propone la reconstrucción del pensamiento ínsito en la ley y, para ello, descomponer en cuatro sus elementos: **gramatical; lógico; histórico y sistemático** que agotan la comprensión del contenido legal. Son diferentes actividades de una misma función, cuyo éxito depende tanto de una buena hermenéutica como de una buena legislación.

La misión de la interpretación es hacernos consciente el contenido de la ley y la comprensión del fundamento legal encauza esa tarea. Las notas distintivas de esta comprensión están dadas por: la clase

de relación con el contenido; la certidumbre; el parentesco con el contenido y la aplicabilidad. La nota común, forma la esencia del contenido legal, la naturaleza objetiva que trasciende el pensamiento del legislador.

La sobria labor de Savigny, bordada con la letra y el espíritu romanista, atendió con igual preferencia la faz formal, que la substancial del derecho. Su mérito aparece monumental en la historia de la Ciencia jurídica al haber radicalizado su positividad, mejor dicho por haberla puesto en camino a su posibilidad al afirmar con firmeza constante, que el único y solo Derecho es el positivo, evidenciando la transfiguración racionalista del Derecho natural, que a poco andar reincidía en ideologismos alejados por completo de las brechas ontológicas del Derecho, donde debe residir todo punto de partida en materia interpretativa.

El ojo avizoramente agudo del jurista tudesco, en el párrafo 38, al formular una crítica a la interpretación de las leyes de Justiniano; haciéndose cargo de la diferencia epocal que mediaba entre él y el nacimiento de las leyes a interpretar, aconsejaba intentar observar las fuentes jurídicas transmitidas con tanta adaptación, que substituyeran el conocimiento, necesario en sumo grado, de la convivencia con el pueblo que la originó, condición importantísima en la difícil tarea. Savigny superaba en su dogmática, las concepciones exegéticas que remitían a la intención del legislador que sancionó la ley, para fijar pie en su intrínseca significación. Pero con todo, el marco legal absorbió en demasía su misión hermenéutica. No le fue dable transponer y abrazar directamente el objeto de lo jurídico, la conducta humana. Se quedó a mitad de camino en la labor emprendida, pero sus barruntos enriquecidos por la filosofía de la modernidad —el existencialismo— lograron total y fecundo desarrollo en las explanaciones de la teoría egológica que, al concebir el derecho como conducta humana en la teoría egológica que, logró unidad científica para el saber jurídico y enseñó en forma definitiva que, en materia de interpretación, no es propiamente la ley lo que se interpreta, sino la conducta humana por el trasluz del marco legal. Quedó puesto en el tapete un planteamiento de hermenéutica existencial que ha posibilitado Heidegger siguiendo huellas de Husserl. La Ciencia del Derecho interpreta su objeto: la conducta y, la empresa hermenéutica jurídica se autentica como una de las más fecundamente prácticas.



### La ruta escéptica de von Kirchmann

La famosa conferencia de Julio German Von Kirchmann, publicada originariamente en alemán en 1847 con el título "Die Wertlosigkeit-der Jurisprudenz als Wissenschaft" fue traducida por Werner Goldschmidt para este volumen con el título de: "El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho". La última edición alemana de esta conferencia es de Stuttgart, 1938. El escepticismo radical vertido a través de sus páginas ha logrado la más amplia celebridad.

Demoladora y reconfortante limpieza es dable observar en esta crítica sagaz y aguda. El escepticismo sobre el valor científico del Derecho, cobra en esta prédica un valor estimable por la seriedad que representa su tradicional característica de toque de prevención, que repercutiera muy favorablemente en el mundo jurídico.

La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia, sindicada por Kirchmann, no tiene desmentido en el estado en que encontró su época a la Ciencia jurídica. El revuelo y entusiasmo suscitado por la flameante palabra del Procurador del Reino de Prusia documentaba el enterramiento en que yacía sumido el Derecho natural y la endeblez de la doctrina que entraba a dominar el panorama científico, la escuela histórica del Derecho socavada en sus bases por la falta de fidelidad a sus íntimos postulados.

El Profesor Carlos Cossio ha puntualizado correctamente el alcance y sentido fecundo que obtuvo la popularidad lograda por el pensamiento audaz del negador de la Ciencia del Derecho cuando sostiene que, no se debe confundir el escepticismo sofístico de Carnéades o Montaigne (desde luego que algo hay en Kirchmann) con el escepticismo jurídico-científico del Procurador prusiano. El negativismo sofístico aquel concluye en que nada es justo por sí o sencillamente en que es imposible conocer la justicia. La crítica de Kirchmann está centrada en el Derecho positivo, su alusión a la Justicia es mínima. Es por esto que su peripecia escéptica resultó al fin de cuentas más que un obstáculo, un beneficioso acicate para el científico del Derecho. ("La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho". Santa Fe 1941).

Las de Kirchmann no son las "pullas" sarcáticas de Erasmo de Rotterdam cuando en su "Elogio a la locura" decía que los juristas hacen de su ciencia un cúmulo de opiniones y dificultades, pretendiendo con ello certificar un mayor mérito, o las sangrientas de Rabelais en su

"Gargantúa y Pantagruel" donde con idéntico sentido logra satirizar la jurisprudencia por boca de Pantagruel. Kirchmann se cura de ellas en las primeras líneas de su disertación aludiendo a la fácil sospecha que puede provocar lo paradójico de su tesis y proclama su fe en una firme preocupación por la verdad profunda de lo real.

Del granel de objeciones disparadas por Von Kirchmann sale al paso en primer término la relativa al "objeto" de la Ciencia jurídica. El objeto de la jurisprudencia, en la economía de su concepción es el Derecho, vale decir las "Instituciones": matrimonio; familia, propiedad; contratos; herencia; etc. Un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin derecho. En esto, lo decisivo, es la particularidad del caso y no las nociones generales o refranes sobre el mismo. La misión de la Jurisprudencia es comprender su objeto, hallar sus leyes y conceptos, sistematizándoles congruentemente.

Frente a este planteamiento, nota el escaso avance de la jurisprudencia y el aumento de controversias en sus puntos capitales, excusando a los cultivadores de la ciencia jurídica por tales desventuras.

Analiza comparativamente el objeto de la Jurisprudencia buscando determinaciones distintivas y peculiares del DERECHO, que no se encuentren en los objetos de otras disciplinas científicas.

Tropieza con la mutabilidad del Derecho Natural como objeto de la jurisprudencia. Con que la ciencia jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el Derecho por aquella comodidad que se goza en el viejo edificio funcionalmente adecuado, sin tener que tomar los trabajos que suponen las nuevas orientaciones y establecimientos. Esta antigua tara vivida por el Derecho Romano se reproduce con defectos superlativamente aumentados en el germánico.

Así en este tren de disquisiciones, aparece el marco de sus elucubraciones, cuando evoca una ciencia jurídica paralela a las ciencias naturales en cuanto logre directo contacto con el objeto de su estudio. Queda evidenciada aquí, la visualización de un pensar jurídico al trasluz del prototipo ofrecido por la ciencia fisico-matemática. ¡Que concordia, qué pacífica compenetración reina en las ciencias de la naturaleza! expresa en uno de estos plañideros párrafos.

Topa más adelante en esta indagación objetal, con la figura de la ley positiva, forma híbrida de ser y saber, introducida de contrabando entre el Derecho y la Ciencia y, apunta sus nocivas consecuencias para ambas, sin negar con ello el progreso que supone el tránsito del Derecho Natural al Positivo.

La ley positiva es abstracta y su simplicidad obstruye la multi-



plicidad que imponen las formaciones individuales. En ello ve la causa de los conceptos híbridos de la equidad y del arbitrio judicial ya que no tiene otro lente que el de lo "general".

Bajo esta descreída, visión, colige que el error de Savigny, al negar la vocación de su época para la legislación, estribaba en el haberse quedado corto desde que, ninguna época posee la mentada vocación. Por culpa de la ley positiva, los juristas hánse convertido en gusanos que abandonando la madera sana anidan su ingenio y erudición en tablas carcomidas. "La Ciencia al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles". Ve con profunda tristeza que la causa de la mayor parte de los ensayos de la Ciencia sean meros remiendos a defectos de las leyes. El objeto de la jurisprudencia, sumido en madrigales de errores que trata de subsanar en forma indigna para su jerarquía científica. Era una manera de renegar contra los estratos gnoseológicos de lo legal y a la vez una forma de búsqueda del thalweg del Derecho.

Encuentra Von Kirchmann dos características capitales en el Derecho: saber y sentir. Al acercarse la Ciencia al Derecho, la destrucción de estos elementos es inevitable. El pueblo pierde el conocimiento de su derecho y el respeto al mismo se convierte en patrimonio exclusivo de una clase especial. Así lo enseña la lógica de los sucesos y también la historia.

Apuntaba en esto la tragedia de los pretendidos sistemas científicos del Derecho donde quedan proscritos los elementos valorativos y, anticipándose en el tiempo, condenaba por adelantado a toda ciencia jurídica alejada de la vida humana viviente.

El formalismo científico es el obligado camino hacia la sofisticación y las elucubraciones estériles.

Sabiendo esto Von Kirchmann, en singulares barruntos vuelve una y otra vez a hablar de paladinos decretos insertos en todos los corazones y de pechos rebosantes de ansias que terminan por descreer de los artilugios del jurista de profesión.

La permanente secuela de todo científicismo formalista ha estribado en la pretensión de expulsar a la conciencia del mundo de lo jurídico. La prédica del Procurador prusiano sin pedir, aboga por una Ciencia empapada de vida y conciencia.

Naciones exornadas con los mejores lauros han vivido y engrandecido sin juristas eruditos. Los griegos en sus tiempos más brillantes prescindieron de ellos. Jueces del pueblo hacían justicia afirmados en

un Derecho consuetudinario y en la voz de su corazón. El monumento romano de más acrisolada dignidad, la institución del Pretor, apenas si está alumbrado con nociones de Derecho natural. Incluso la experiencia personal del Procurador General se le aparecía desalentadora. Quizás los triunfos del principio causal explicativo y el consiguiente auge de las ciencias de la naturaleza, conspiraban a ennegrecerle su horizonte. De tal modo, al finalizar reconoce desolador y deprimente el cuadro que se forjó ante sí y, a tal efecto, ofrece el consuelo en la comprensión de que lo substancial no está contenido en una sola clase sino en la Nación entera, consuelo político que no hace a la esencia del tema que demolió con su certera crítica sin atender a reconstrucciones.

Ante las severas puntualizaciones de Von Kirchmann se nos ocurre que caen en la rodada todas las posibles apariciones del formalismo. Incluso el de Hans Kelsen tomado en la ortodoxia replanteada por su autor. Kelsen como sabemos retornó su viejo formalismo ontológico que ve el objeto del Derecho en las reglas, sin aceptar la trabazón ontológica ofrecida por la teoría egológica del Derecho que al poner el acento en una realidad asentada en el mundo de la cultura y no de las meras ideas, lograba fecundamente una teoría donde no se prosciriera de su seno el elemento axiológico, como por fuerza debe ocurrirle al formalismo kelseniano así ontologizado.

Como es de público dominio, la teoría pura del Derecho ha sido vista y tomada en una amplia sistemática jurídica como mera gnoseología de lo jurídico por la teoría egológica del Derecho. La circunstancia que el autor de aquella niegue la sola significación gnoseológica de su teoría en nada invalida el fecundo planteamiento de la Escuela Jurídica Argentina. Efectivamente como lo quiere Kelsen, la teoría pura será una teoría general del Derecho, pero las aporías que tal planteamiento apareja, ninguna ventaja le ofrece; Carlos Cossio y la Escuela Ecológica Argentina pueden quedar tranquilos manejando la pureza metódica lograda por Kelsen y dando a sus desarrollos la auténtica significación de lógica jurídica formal que tiene, sin preocuparse de las embestidas del escepticismo de nuestros días. El significado de una doctrina, lo ha dicho especialmente el maestro Cossio, no depende tanto de "intenciones" del autor, cuanto —y esto es lo que realmente vale— de lo que positivamente esa doctrina resulta ser en la esfera de la Ciencia, Julio German Von Kirchmann conocía esta verdad.



### La ruta hermenéutica de Zitelmann

Es también conocido en nuestra lengua el trabajo de Ernesto Zitelmann publicado anteriormente en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 140 y 141 ed. Reus, 1923, Madrid, pero, sin duda, no ha logrado la difusión de la obra de Savigny —Zitelmann lo escribió en 1902—. El título de "Lücken in Recht" fue respetado por Carlos G. Posada en esta traducción.

El clásico problema de las lagunas del Derecho es abordado por Zitelmann con extraordinaria maestría, talento y sagacidad.

Este viejo problema aflige a los juristas desde tiempos inmemoriales. Aristóteles en su "Moral a Nicómaco" cuando en el capítulo X del libro V roza el tema al hablar de la **equidad**, da certeras pinceladas que incluso superviven en los ordenamientos legales más acusadamente modernos. Deja sentado que los vacíos o lagunas de la ley no mellan su bondad, pues la falta no está en ella ni en el legislador que la dicta, sino en la naturaleza misma de las cosas, en su condición práctica. Por ello —explica— cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares existe algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por hablar en término absoluto, es imprescindible corregirle y suplir su silencio. Hablar en su lugar como el mismo lo haría si estuviera presente. (Cabe anotar aquí que idéntico principio inspira al artículo 1º del excelente Código Civil Suizo).

El problema se hizo presente en Roma y la principal misión del Pretor consistió en superarle. El grande desarrollo logrado por el Derecho Romano no acertó a incluir temáticamente el problema que se resolvía en las vías de hecho por la razón natural y la equidad. Así corrió a través de los siglos, sin mayores altibajos, hasta el siglo XIX que le sistematiza y da nombre.

El texto de Ernesto Zitelmann aparecido a principios del siglo, milita en el positivismo jurídico de su autor que vivió entre los años 1852 y 1923 y fue Catedrático de Derecho Civil en Bonn. Su obra en materia jurídica, vasta y afinada, logra sólido apuntalamiento frente al clásico problema de las lagunas del Derecho.

El punto de partida en el planteamiento de este problema se lo da la siguiente norma: "son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario". Esta regla, implícita en el orden jurídico,

se encuentra siempre sobreentendida sin necesidad de expresarla. Así, en cuanto a la aplicación del Derecho pudo negar la existencia de lagunas, puesto que el Juez siempre aplicando aquella regla general negativa reconocería, que el efecto jurídico apetecido no estaba previsto por la ley. Metafóricamente dice a continuación que donde ya hubo tierra, es más fácil añadir más tierra. La firme situación actual del Derecho positivo, se ha formado por "arribadas" a juicio del autor. Su voz constituyó el inicio de un importante tramo en procura de una sistematización de este remanso del Derecho que, aunque nacía semi malogrado por la graviación de la filosofía que lo inspiraba, filosofía filosófica, enemiga declarada de la metafísica, constituyó innegablemente un claro barrunto de la buena senda. En esto está todo el valor de este ensayo, sesudo y medido. En él dejó establecido que en las ocasiones en que se habla de lagunas, se trata en realidad de que falta en la ley, para determinar los hechos, una regulación diferente a la de la norma generalizante. Y cuando se habla de suplir lagunas, se alude a la ruptura que opera el Juez con la regla general, aplicando un nuevo precepto jurídico.

La actividad del jurista, añade más adelante, al intentar corregir y completar la ley, no es jamás una actividad puramente lógica, también valoraciones; apreciaciones, impresiones y concepciones coloreadas de subjetivismo, las cuales por la misma ley no se dejan justificar; y la que los juristas llaman decisión por analogía es, en efecto, muy semejante a lo que así designa la lógica, pero siendo de ella, no obstante específicamente diferente.

Había antes anotado, la pobreza del pensamiento teórico frente a la riqueza de toda realidad y, por ello, pedía al jurista, el abandono del encierro en su sala de estudios, para buscar afuera, un amplio conocimiento de la vida, y un claro sentido de la realidad que le torne en hombres con plena comprensión social y sobre todo humanos. En la formación de tales juristas cifraba sus esperanzas nacionales.

Acá transparece el espíritu de Zitelmann que ha guardado toda su frescura. Es la cada que mira la filosofía de la cultura y da la espalda a la experiencia de positivista. Con la agilidad de un estilizado gimnasta supo entrever maravillosas aproximaciones al planteamiento existencial de lo jurídico. Incluso con los ejemplos más desfallecientes sabe buscar la salida que le llevará a buen puerto.

En la página 312 del volumen, el autor nos relata que, en el año 1880, un cajero de una sociedad comercial Berlinesa huyó llevándose consigo 150.000 marcos. Los damnificados ofrecieron por su captura la



suma de 5.000 marcos en carácter de premio. En las diligencias para la captura que se consiguió últimamente en Kiel, participaron varias personas y entre las mismas fue repartida la suma prometida, siendo partícipes los empleados de Policía de Kiel, que por su intervención obtuvieron 500 marcos. Formula este desarrollo, al hilo del pleito promovido por los policías de Kiel a quienes les pareció muy exigua la parte recibida y elevaron por esto una demanda contra la sociedad, exigiendo para ellos el total de la suma ofrecida. Este juicio dejó en completa perplejidad a los tribunales, pues el Derecho Prusiano aplicable al caso si bien obligaba a la entidad comerciante ofertante pagar los 5.000 marcos a los que tomaron parte en el descubrimiento y prisión del autor; la ley —según Zitelmann creía— nada expresaba sobre si estos diversos participantes estaban autorizados a cobrar como un acreedor único, o bien por partes iguales o en otra forma cualquiera y señala la laguna diciendo: “es seguro que debe pagarse, lo inseguro es cómo debe repartirse”. A renglón seguido da cuenta que el Derecho Prusiano contenía un precepto en virtud del cual, en caso de tener que resolverse la cuestión, sobre atribución de premios en concursos, especialmente de índole científica o artística, habría que atenerse, para su adjudicación y distribución, al juicio de quien hubiera ofrecido el premio. Expresa el autor, que el tribunal supremo aplicó esta disposición por analogía con el caso, diciendo que la captura de un criminal no es una manifestación científica o artística y que había que llenar la laguna.

Este ejemplo nos sirve de paradigma, en el buceo del problema. Desde luego, la disciplina puesta al servicio de la captura del delincuente fue la “criminalística”. Por aquel entonces no llevaba en Prusia ese nombre, ni el de “Policía Científica” que le antecedió, simplemente era considerada una práctica llamada “Técnica Policial”. Esta serie de conocimientos imbricados en una disciplina, ya por aquel entonces de algún volumen, si no alcanzaba el plano científico, le era innegable su basamento de orden artístico. El desandar el camino recorrido por el criminal, siempre fue un arte en cierto sentido, así que, encuadrar la conducta de las personas que habían descubierto el hecho criminoso y capturado su autor en el dispositivo aludido, era sencillamente ajustarse al texto de la disposición legal. Con todo, la sagacidad del autor puso en duda la existencia de la supuesta laguna por otros motivos y, al preguntarse si no se iba demasiado lejos hablando de lagunas, dio con la presencia del juez en el Derecho y con la función complementadora que cupo al mismo en el ordenamiento jurídico. Este es otro aspecto del mensaje legado por Zitelmann sobre el problema de las lagunas del Derecho.

Tal como tal, la solución desde luego es parcialista. Catalogada por Cossio, su postura milita en el empirismo científico paralelo al que con posterioridad estructuró Donato Donati.

El error capital del empirismo científico fue concebir el ordenamiento jurídico como formado por “arribadas” como suma adicionada de normas constitutiva de una pluralidad de reglas yuxtapuestas y no como la plenitud de un todo, como una estructura totalizadora donde no hay posibilidad de casos que escapen al todo por la radical imposibilidad de pensar partes de un todo que rebasen al mismo.

La tesis temática de la Escuela Ecológica, superadora del empirismo científico, remata diciendo que no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces y estos deben siempre juzgar, porque son jueces, vale decir, que su ontología de jueces es la de juzgar, verdad de razón de la lógica del “deber ser”. El ser del juez lo constituye su deber de juzgar y, en rigor, su actividad está dentro del ordenamiento jurídico al que integra. Así podemos concluir certeramente que la función judicial es una estructura esencial del Derecho. “Justo viviente” solía llamar Aristóteles al Juez.

Sobre esto, Kelsen en la teoría pura del Derecho, ha arrojado luz definitiva demostrando que todo el sentido lógico de la dinámica jurídica es un proceso creador de creciente concretamiento, individualización normativa, que concluye con el establecimiento de normas individuales. Así lo reconoce Cossio en “la plenitud del ordenamiento jurídico” y en el terreno de la lógica jurídica es una verdad inconcusa.

La estructura que constituye el Derecho es una totalidad, síntesis de unidad y pluralidad asentada en la pirámide jurídica kelseniana. Esta a su vez, posibilita su basamiento por hipótesis, de su norma fundamental (obedece al legislador originario) que es trascendental apriorística y da el ordenamiento de una pluralidad reducida a unidad, vale decir, de una totalidad, supuesto lógico imprescindible a la Ciencia.

Con la presencia de la norma fundamental se posibilita el conocimiento jurídico y, con ello el objeto de la Ciencia del Derecho.

La estructura totalizadora del Derecho, como lo sostiene la teoría ecológica, es previa a la pluralidad efectiva de las normas, porque esa estructura totalizante está dada por la norma fundamental, con independencia de las normas positivas, cualquiera sea el número o el contenido de éstas. Es que en esta materia el todo no es igual a la suma de las partes; el todo estructural es diferente a las partes que le forman. Las “arribadas” sumadas de Zitelmann no podían organizarse en



el unitario ordenamiento donde asentar un Derecho de jerarquía científica.

La formulación de la analítica del todo, hecha sobre bases kelsenianas por los egológicos argentinos, permite ver que el ordenamiento jurídico presume el principio "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido".

Este principio onticamente impuesto por la libertad en que la conducta consiste, según ha dejado definitivamente explicitado el punto la filosofía existencial, es guía rector. Además este principio es un juicio sintético a-priori, en el sentido Kantiano, porque en forma incontrovertible enuncia la libertad como el "prius" del Derecho, y este prius viene impuesto necesariamente, por la pura intuición de la conducta, que es siempre libertad. La intuición de la pura libertad, impone la verdad sintética de que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, principio que cubre todo el ordenamiento y denuncia como falaz ilusión lo de las lagunas del Derecho, ya que inmanentemente a cada norma jurídica aparece fundado este principio; no en lo contingente de las normas, sino en la estructura lógica imperecedera del concepto del Derecho.

#### CAPITULO IV

##### La ruta agonal de Kantorowicz

El último de los trabajos es el de Germán Kantorowicz "La lucha por la ciencia del Derecho", traducción directa de "Der Kampf um die Rechtswissenschaft" aparecido en 1906 con el seudónimo Gnaeus Flavius y que constituyó en su hora una especie de manifiesto de la escuela del Derecho libre. La versión que nos ofrece el talentoso catedrático Werner Goldschmidt es ágil y de estilo sencillo, concorde al tono usado por el autor quien desde los primeros arranques del prólogo muestra una tensión dramática que logrará mantener en dinámica progresión. El programa de combate en pos de una liberación de la ciencia del Derecho preocupa eminentemente el pensamiento de Kantorowicz.

El idealismo racionalista dominante, ajeno a los romanos de la época de su grandeza, surgió en los tiempos de peor decadencia del Imperio y se consolida en la burocracia de la cultura moderna. Exclúyese de esta visión a la vieja Inglaterra donde el Juez siempre se ha movido en un ámbito de libertad aconsejable.

Al dejar constancia de los progresos alcanzados por la escuela del Derecho libre, subraya que mucha más importancia que la conformidad de los sabios con la doctrina que patrocinan, tiene el hecho, de que miles de Jueces y abogados se inclinen hacia la nueva concepción del Derecho.

Explicana a continuación una visión sintética de la nueva teoría con referencia: I) al Derecho; II) a la Ciencia jurídica; y III) a la jurisprudencia.

La primera referencia sienta el principio de que la nueva concepción del Derecho, supone un resurgimiento del Derecho natural en forma modificada, un jus-naturalismo tipo siglo XX con escaso parentesco con Pufendorf o Wolff.

Las dos formas del Derecho libre son la individual y la comunitaria. En la primera un individuo reconoce un principio jurídico por propia convicción; en la segunda a causa de la de una comunidad.

El pueblo conoce el Derecho libre y desconoce el Estatal. Los amplios círculos de aquel viven con independencia del Derecho Estatal constituyendo el subsuelo de éste a la vez que colmándole sus lagunas.

Esta fundamentación dada al Derecho por el egregio jus-filósofo penalista Kantorowicz, a quien Gustavo Radbruch y Max Ernest Mayer, penalistas filósofos como él reconocen méritos inestimables, dio a la vida jurídica, indudablemente, sabor de inseguridad, pero también es cierto, supo infundirle nuevos bríos ordenados a una verdad más auténtica, adecuada más cumplidamente al objeto con que trabaja.

La Ciencia jurídica constituye descubrimiento de Derecho libre, contiene Kantorowicz, se eleva a creación de Derecho libre, es voluntad y espíritu. Piense el lector en el ejemplo del famoso jurista Bártolo, quien primero resolvía el caso y posteriormente hacía buscar con su amigo Trigrinio los pasajes aplicables en el "Corpus Juris" dada su escasa memoria.

La línea de Kantorowicz, dirige sus pasos a la búsqueda de la existencia, refutando en sus fundamentos al racionalismo papelero. Los principios en la Jurisprudencia se hacen tanto más inservibles y faltos de valor, cuanto más abstracción poseen. Emerge natural su repulsa al individuo que en holocausto de un imperativo jurídico-moral precipitadamente acuñado, omite el examen nuevo e independiente del caso y situación dada.

Su punto de partida está en la concepción histórica y su repulsa al Derecho natural es expresa. Una proposición jurídica es Derecho



en tanto está avaluada por una realidad (poder, voluntad, reconocimiento) y esta premisa le permite afirmar que nunca puede ser logrado Derecho positivo mediante una "jurisprudencia de conceptos". El movimiento del Derecho libre se instituye heredero de los mejores principios de la Escuela Histórica. Propone como la tarea del siglo para la Ciencia del Derecho, el buscar sus cauces sistemáticos con absoluto abandono de la teología, por la perturbación que los métodos de ésta produce en la sana mentalidad del jurista.

La labor de Kantorowicz, fecunda y fina, saturada de ingenio y penetración fue a buscar en todos los rincones al Derecho Estatal para evidenciar sus desventajas frente al Derecho libre que ardientemente propugnaba. Su Derecho libre enfrenta a la letra de la ley, de la que no quiere ser mero servido. La Jurisprudencia está en el sitio de honor en su sistema y no podría ser de otra manera. Su inquirir por lo concreto en las relaciones jurídicas, por la vida misma del Derecho que tanto añora al pretor romano, le hizo perder pie a su sistema que dejaba demasiado ámbito a la conciencia del Juez en detrimento de su Ciencia. Del equilibrado lema tradicional "a ciencia y conciencia" la escuela del Derecho libre acentuó indebidamente las notas de la última en detrimento de la primera y también de la armonía imprescindible a un verdadero Derecho Científico.

La osada valentía de Kantorowicz y sus seguidores que llegaron a proclamar que el Juez Civil puede pronunciarse aún contra la ley en determinados casos, levantó unánime protesta. Un resonante soplo alarmista cundió en los círculos jurídicos y ésta reacción aparejó el amainamiento de la Escuela, que plegó sus velas hasta llegar a afirmar por algunos de sus partidarios, que era una pura fábula ese argumento esgrimido para desprestigio de ellos.

La verdad sea dicha y, creemos con Hans Reichel, ha llegado la hora de revalorar este empuje tan de capa caída por su retirada súbita y penosa, para reconocer el verdadero mérito del mismo. El estriba en haber removido viejas ideas y permitido que pensadores menos radicales, pero más firmes, serios y científicos, sin precipitaciones, probándolo todo y conservando lo mejor, ganaran para la Ciencia del Derecho muy buenos galardones, por vía de una depurada axiología jurídica, en la que los valores seguridad y orden fortifican las bases de las posiciones conquistadas.

La Ciencia pareciera tener, necesidades internas superiores de sufrir periódicamente estos sacudimientos que la mantienen alerta y, atenta a los avatares de su presencia de saber jerarquizado. Más aún

tratándose de una Ciencia como la jurídica, afirmada esencialmente en un plano de oposición, en donde lo veritativo se confronta directamente con la experiencia, el saber polémico de lo jurídico logra su total afirmación sólo cuando emerge airoso de la contraposición del debate en que queda vencido el error, que además de tal, habíase erigido en obstáculo vigente a la consolidación Científica. El rechazo temático de una doctrina vencida constituye el andamiaje del edificio donde se instala la Ciencia dogmática del Derecho. Sin dicho andamio no hay posibilidad de construcción científica, de sistema alguno de saber jurídico universalmente válido.

## CAPITULO V

### Las rutas de oro de la Ciencia Jurídica

La gloria de Savigny no empeña los magníficos atisbos de aproximación de dos grandes visionarios de la Ciencia del Derecho: Giambattista Vico (1668-1744) y Jorge Guillermo Federico Hegel (1770-1831).

Con el conocimiento del "modo" se constituye la ciencia que señala los tiempos en que nacieran las primeras de cada especie, nos decía el inmortal Giambattista Vico en el libro IV de sus "Principi di Scienza nuova d' intorno alla comunè natura della nazioni", subrayando que es propia nota de cada ciencia llegar a tales primerías, de suerte que acaso sean necia curiosidad buscar otras más lejanas.

Por este camino, el atisbo de Vico, de conectar el Derecho con la evolución universal quizá sea el primer intento serio, aunque insistente, de desenvolver la idea fundamental demostrativa de la variedad del Derecho de los pueblos en particular, atribuídas por él, a ciertas razones naturales, necesarias y constantes, que la Ciencia puede y debe descubrir y determinar.

Esta anticipación, acompañada un quinquenio después por el pensamiento profundo de Montesquieu, desubicada en el tiempo en que le tocó actuar y desinterpretada por una particular oscuridad que le caracterizaba, entraña en sí, un esfuerzo por desvincularse del criterio naturalístico de que estaba empapado el empeño de los juristas de su época, conforme se patentiza en las obras de sus principales acreedores en esta materia: Grocio y Hobbes.

El derecho, que reconoce idéntica fuente Divina que la moral en el sistema viquiano se diferencia en su cambiante situación a través



de todas las épocas de su desarrollo, en tanto que la norma moral conserva su carácter absoluto. Niega aquí, la existencia de un derecho natural inmutable y eterno, enmarcando su pensar en cuadros históricos que le alejan de los sistemas idealistas de que fue deudor en sus primeras producciones, en especial de Platón a quien recrimina el intento de buscar la esencia en las ideas y no en la historia, fuente de donde fluyen sus razonamientos machaconamente explanados en su "Scienza Nuova".

Vico, pese a la carga de fe racional de sus ideas "eternas", es un auténtico precursor del historicismo contemporáneo, para mejor claridad, del "temporalismo" de nuestros días. La dialéctica de sus tres épocas: divina, heroica y humana en la mentalidad de las instituciones jurídicas, le coloca en el concreto problematismo histórico epocal de donde surge el derecho viviente, preclara conquista de nuestros días.

La consideración de la historia formulada desde la altiplanicie de su "idea de providencia" vale decir "sub-specie aeternitatis" recién logra altura sistemática en Hegel, pero las conexiones establecidas para encontrar la génesis de los hechos humanos en su individualidad tornan a su enrarecido difícil pensamiento, en uno de los más originales y fecundos de la historia del Derecho.

Así lo ha sostenido un profundo conocedor del espíritu que animó a Vico, el viejo maestro de la Universidad de Roma Giorgio del Vecchio, quien reconoce a su vez las forzadas interpretaciones y arbitrarias consecuencias a que necesariamente arribaba su fantasear, alimentado en ocasiones, en el abstracto derecho natural que satura la atmósfera en que le toca actuar, pero que, en definitiva vence como criterio histórico; no obstante, algunas concesiones que le desvirtúan en afán conciliatorio.

El escaso éxito inmediato de su principio rector "verum ipsum factum" (se conoce lo que se hace) se debió a la crudeza del racionalismo que ahogó la perspectiva de su espléndida visión. Era el camino que llevaba a ver la particular índole creadora del Derecho y serios nubarrones le oscurecieron el horizonte. La concepción cultural de su mundo no había logrado la sazónada madurez en este campo y sus anhelos quedaron cuajados en maravillosos intentos.

El sistema filosófico de Jorge Guillermo Federico Hegel ofrece en una visión de conjunto a lo largo de la historia de la filosofía las características de una monumental arquitectura en la que resaltan como ornamentos relevantes, sus "líneas fundamentales de la filosofía

del Derecho". En ella se habla de una ciencia jurídica con vocación de "objetividad".

La concepción del "espíritu objetivo" es uno de sus frutos mejor logrados. Los fenómenos caracterizados en el "espíritu objetivo" son productos, realizaciones del espíritu, que se independizan y distinguen al ser creadas, del propio espíritu creador.

El método dialéctico con su juego triádico abierto en momentos dinámicos, constituye el venero inagotable de su filosofía y un generoso manantial para la que le sucede.

En él tiene sus inconvenientes más escabrosos también. Su juego acentuadamente lógico fue tachado de caprichoso. La justicia de esta objeción es discutible. Si la lógica dialéctica respondiera a los tradicionales cánones de la lógica conceptual, la objeción tendría plena validez. Entendiendo su lógica desde la visión ontológica, apuntando problemáticas "a-lógicas" nacidas de los hechos mismos, tan reacios a la "lógica", los reparos se relativizan. Su "Filosofía de la Historia" es un claro ejemplo de su desprecio a la lógica tradicional aristotélica.

A la grande influencia kantiana que impuso una ética rigorista del "deber", hace frente Hegel tratando de ver en la esencia de lo ético una metafísica de la vida. El concepto de la vida es central en su sistema: estriba en una multiplicidad infinita, en una oposición infinita, y en una referencia infinita. El "espíritu" es vida infinita; la unidad viviente de lo múltiple.

Rechaza la ética sin espíritu y consiguientemente no concibe un Derecho sin él. Instituciones, Constituciones y Leyes que no concuerden con las costumbres y necesidades de los hombres amenazan constante derrumbamiento por la falta del aliento espiritual que es el que necesariamente debe imponer la sustentación y la reforma del Estado.

De su metafísica de la vida emerge el conocimiento de la necesidad del ser, obtenido por la superación de la oposición entre el concepto y la realidad empírica. Busca la necesidad lógico-metafísica en las conexiones vivientes del todo.

Cuando un acto emana del poder del Estado es un acto universal, y gracias a su intrínseca universalidad descubre a la vez la regla de su aplicación, delatándose con ello acto real.

Así como la filosofía general hegeliana se desenvuelve a la sombra del aforismo: "lo absoluto es lo único verdadero, y lo verdadero lo único absoluto" su sistema de filosofía del Derecho se desentraña por su célebre frase "lo que es racional es real y lo que es real es racional".



La realidad en Hegel apunta a la "unidad inmediata de la esencia y la existencia" y no a existencias inesenciales.

El acto real del poder del Estado encierra a la vez la regla de su aplicación, asegurando la posibilidad de imponerlo por la fuerza si el caso lo requiere.

La Ley que determina múltiplemente, requiere para Hegel en su aplicación propia para cada parte de la materia, la competencia del Poder Judicial que intercale, entre la Ley y su ejecución, el acto real de su aplicación.

Resalta de suyo en el sistema el miembro intermedio que conecta universalidad de la Ley con la multiplicidad de lo empírico. Frente a lo universal no se halla una materia indiferente, que se pliegue sin más a él y de que él sólo necesitara apoderarse. Por el contrario ha apuntado W. Moog, el fino comentarista de Hegel; la materia concreta presenta ya una forma predeterminada, que no puede ser descuidada y el problema de la aplicación no se resuelve unilateralmente partiendo del universal lógico, sino que para resolverlo se hace necesario tomar en consideración la estructura esencial de lo particular.

Donde alce cabeza el principio de libertad, se patentiza una inquietud, que es agitación hacia el exterior, creación del objeto. En ello consume sus fuerzas el espíritu.

La libertad hegeliana estaba preñada de contenido esencial, su marcialidad prusiana no logró despojarse de los juegos de abstracción acuñados por el jus-naturalismo francés sino que tal vez, en algún sentido los alimentó. Hegel no dio con el verdadero sendero de la libertad, que es existencia transida de ser y no mera abstracción como la esencia, por su apego desmesurado a las formas de la razón; y lo discursivo lógico, no es lo que más acerque a la existencia, que tanto buscó el intento hegeliano en todas las vastísimas planicies exploradas. Algo atisbó sin embargo en su repulsa al derecho natural.

La búsqueda hegeliana desatendió la existencia que había entrevisto Fichte cuando barruntaba que la filosofía en buena parte depende de la condición humana, hipertrofiando el "yo" que posteriormente desintegró Schelling.

Los esquemas racionales del filósofo de la dialéctica, tenían una carga de "a priori", difícil de sobrellevar en sus desenvolvimientos detallados a lo casi infinitesimal, forzosamente se tornaron en los más fuertes conspiradores contra la congruencia de su armazón. El hombre no es esencia sino hasta el momento en que muere. Sólo la muerte le torna en su esencia.

Con todo, el intento de Hegel, apunta un paso traslaticio de juegos de lógica formal a diálogos fundamentales de lógica trascendental que consignan su mirar siempre vigilante sobre el mundo filosófico griego. Opera el viejo pasaje de Platón a Aristóteles que en el campo del Derecho parecidamente se repetiría en otra altiplanicie; desde el sistema jus-filológico de Kelsen al de Cossio. De lo que significa para la Ciencia del Derecho la teoría pura y la teoría egológica. Tránsito del reino de lo formal al de lo trascendental, desde lo puramente lógico a estructuras óntico-ontológicas, que el hegelismo ha dejado ambiguas, como en tinieblas. El problema de la libertad es un buen ejemplo de esta indefinición ambivalente.

Para Hegel el Derecho es libertad. En el párrafo cuarto de la Filosofía del Derecho, señala que el campo del Derecho en general es el de la espiritualidad con el seguro de partida de la voluntad que es "libre", de manera que la "libertad" constituye su substancia y determinación. El Derecho como sistema se consubstancia con la libertad realizada, su mundo del espíritu hace de naturaleza vicariante.

Abre una brecha avizora y, su concepción de la libertad jurídica, tiene el sentido de un jalón prominente en la trayectoria de la Ciencia del Derecho. Ello es innegable, pero es bueno colegir las limitaciones ínsitas de este medio paso. Están apuntadas en la nota a este párrafo cuando alude a la precaria descuidada situación de la Ciencia del Espíritu que comunmente se llama Psicología, y promete un desenvolvimiento futuro del tema que queda allí obscurecido, pero que nosotros vemos con claridad al puntualizar que la libertad de Hegel mira demasiado cercamente a la de Montesquieu, a esa libertad abstracta, escurridiza, que se podía tener o no tener, sonante, vibrante, eufóricamente poética.

La Filosofía que como réplica a Hegel, nació en conversación con él en boca del recio pensador danés, Soren Kierkegaard, demostró definitivamente que la libertad de la existencia es la propia existencia. Esta no es la abstracción que alude el "yo" de Fichte, ni esa subjetividad desindividualizada de Kant, sino la particularísima subjetividad radicalizada en las entrañas de lo auténticamente humano concreto.

Del hegeliano portador de diálogos con primacía de lo esencial, la conservación cambia de aspecto y entra a dominar el primado de la existencia sobre el de las esencias, en una nueva concepción de la libertad que define al hombre.

Esta existencialización nutre de libertad las estructuras fundamentales de la naturaleza humana. El vivir que es un permanente pro-



yectarse en el tiempo —Ser y tiempo hay para serlo— es permanente elección, valoración y, por tanto, libertad. Pero no la de las alharacas del individualismo, evanescente vaporoso, sino esa libertad fenomenalizada que a fuerza de decidirse y no poder escapar del trance de continua opción que tiene ante sí, se hace cargo angustiada de la gravedad de su condición, destino de sempiterno compromiso y, desde esta altiplanicie, intenta todo punto de partida, por cargado de sombras que se muestre su horizonte. Esta libertad es sinónima de creación. Nuestra existencia está constituida por el ejercicio simple del estar constreñido a preferir, a realizar la libertad. Esta será lo que sea la conducta en cuanto obra. El ser del hombre logrará desentrañamiento en el de sus actos, efectivizaciones reales por las que no podrán jamás eludir responsabilidad. Así como él es dueño de sus actos, estos sindicarán inexorablemente a su propietario titular.

Tal vez el de Hegel haya sido un intento fallido por no haber dado con la existencia, que creyó encontrar en el **saber** siguiendo huellas cartesianas. Lo absoluto del sistema hegeliano, totalizante y obscuramente, comprende la naturaleza y el espíritu. Por ese camino su visión genial hubiera resultado fecunda de haber encontrado el sendero conductor a la auténtica existencia humana.

Le cabe el mérito de haber barruntado en su dialéctica, ese tan valioso antecedente que constituye el historicismo de tipo **filosófico**. Le faltó al egregio pensador personalizar su dialéctica del espíritu, dotarle de encarnadura y ver la dimensión clara de otros estratos de la existencia a que no atendió. La conciencia concreta, su situación y presencia quedó extrañada de su sistema cuya síntesis “absoluta” encierra a su “devenir”.

Con todo, el sistema hegeliano supone el intento explícitamente manifestado en la introducción de su “Filosofía del Derecho” de que su filosofía es sondeo de lo racional, aprehensión de lo presente y de lo real, y no la indagación de un más allá; que sabe Dios donde estará

Este sondeo de lo racional, le permitió sostener que la racionalidad, considerada abstractamente, consiste en la unidad, compenetración mutua de la universalidad de la individualidad. En cuanto al contenido, en la unidad de la libertad objetiva, esto es, de la voluntad substancial universal, con la libertad subjetiva y en cuanto a la forma, en un obrar que lo determina según leyes y normas pensadas esto es, universales. (“El Estado” parágrafo 258. “Filosofía del Derecho”).

Subsiguientemente pudo decir Carlos Federico Von Savigny; dando uno de los virajes de mejor magisterio que registra la historia

de la juridicidad —dejemos el Derecho especulativo y vamos al dato que está en la experiencia— al Derecho positivo que es la verdadera realidad del Derecho.

El paso, que es evidente se operó en forma demasiado radical, o para mejor decir, la voz de orden de la escuela histórica desatendió casi por completo las conquistas filosóficas que le ofrecían los sistemas de Kant y de Hegel y ello le costó la confusión de rutas, creyendo estar sobre la jurídica, marchaba sobre la histórica muy pegada al terreno que pisaba.

Quizás pudiéramos decir que se perdieron atrás de Kant, del teorizador de las ciencias físico-naturales de Newton, del Kant de la “Crítica de la Razón Pura”, por la vía de Gustavo Hugo y sus acompañantes.

El historicismo jurídico creyó encontrar en la experiencia jurídica, el esquema que Kant había trazado paradistinto orden de concepción. Perdieron el rumbo tras la huella del esquema kantiano “forma-materia” sin haber sabido ver el tercer elemento del adecuado esquema jurídico, la valoración del Derecho, su faz axiológica conforme ya apuntamos.

El ámbito del Derecho es lo espiritual, había dicho Hegel (en el citado parágrafo cuarto). Era menester adecuar esto en el esquema kantiano y extraer la conclusión de la immanencia de los valores de conducta expulsando la trascendencia axiológica del jus-naturalismo dominante. El planteo de Hegel nos muestra su descreimiento por el Derecho natural, al que no tributó los honores que la mayoría de sus contemporáneos le rendían. Antes bien, su afán encontrábase cerca del historicismo pero, buscándole raíces más auténticas, vale decir, menos románticas que germanas. Allí evidentemente pisaba buenos derroteros.

El lugar más cercano y punto de partida del Derecho es la voluntad, que es libre en tanto conducta, de suerte que la libertad forma su substancia y pauta de determinación. Así sostuvo que el Derecho es el reino de la libertad realizada desde que, la libertad es la fundamental determinación de la voluntad, como la gravedad lo es de los cuerpos.

Esta concepción jurídica no mantenía en pie ninguna de las normas del Derecho natural. Introducía con lo de “libertad realizada”, en los cánones verdaderos de un depurado historicismo. La fuerte torrentada del “devenir” hegeliano, curaba su sistema, pero no el de la Escuela Histórica que maduró sin esta dinámica, muellemente, con olvi-



do de lo "sub specie aeternitatis". El mismo Hegel en el párrafo anterior al citado recordaba que una cosa es demostrar por medio del concepto, la justicia y racionalidad del Derecho y, otra muy distinta, explicar la historicidad de su aparición, las circunstancias, casos, necesidades, etc., que han originado su institución. Esta explicación, está lejana de la esencia buscada; quizás como esfuerzo histórico tenga su mérito y valor pero nunca cuando pretenda convertirse esta justificación valedera en sí y por sí. En otras palabras, Hegel invalida la transmutación del antecedente histórico en elemento axiológico; reconociendo al tiempo la parte que de aquel pueda haber en el momento estimativo.

Negar a un país culto, decía en el párrafo 211 —dirigiéndose a los primates de la Escuela Histórica— a sus hombres de Derecho, la capacidad para elaborar un Código, constituye una de las peores afrentas que puede serle hecha a una Nación o a sus juristas. A este juicio, calificaba el convencimiento de Hegel, que no puede tratarse de hacer un sistema de leyes nuevas por el contenido, sino de reconocer en determinada universalidad el contenido legal, entender lo reflexionado y adecuarlo para la aplicación de lo particular. Es que todo el sistema hegeliano del Derecho y del Estado, más que atado a las contingencias históricas, empuja en la dinámica de su propia dialéctica a otras esferas. De espíritu objetivo a espíritu absoluto (arte, religión, filosofía).

Hegel hizo vivir en su mundo jurídico principios autoritarios; su sistema estaba dirigido al apuntalamiento y fortificación del Estado, pero con todo no era un ídola del poder ni un iconoclasta de la ley.

Su centro vital lo impulsaba con alguna preferencia a lo concreto, afirmando el poder del pensamiento y la razón, frente a las contingencias del sentimiento y de lo fáctico. Esta tendencia le llevó a su filosofía al mundo de lo "Absoluto", pero su cosmos jurídico quedó sumergido en el "objetivo" etapa como de tránsito dialéctico que busca superación y redención.

De este modo, se ve claro, como lo ha dicho recientemente Ernesto Bloch, que el Estado no es en Hegel nada absoluto, sino simplemente un medio. Su fin objetivo se halla supeditado al absoluto que representa para él el arte, la religión y la filosofía. En el substracto de esta supeditación corre la grande savia del devenir heracliteano, número de lo que la modernidad designa con el nombre de **tiempo existencial**.

No necesitamos en este lugar, recalcar la grande significación

que cobra en el advenimiento de la actual Ciencia Jurídica la presencia del **tiempo existencial** como verdadero **tiempo jurídico**.

El viejo Hegel se muestra patentemente, uno de los más impetuosos "jóvenes" y, el oscuro manantial de su especulación, ofrece al mundo de Minerva, la prueba de una aventura casi totalmente substativada, conforme sus cálidos deseos. Así lo atestiguan las proyecciones de su pensar —traspasando las limitaciones propias de su tiempo— que constituyen la mejor mostración de que el intento Hegeliano superó el grado de mera tentativa, para convertirse en marmórea realidad.

La memoria y balanca del aporte del filósofo tudesco a la moderna Ciencia del Derecho, logrado por medio de la escuela de Baden, del pensamiento de Guillermo Dilthey y de la filosofía de la existencia, todavía está por hacerse pero a simple vista puede divisarse, un insospechado panorama para los juristas de ayer o los rezagados de hoy.

Los aportes de esta filosofía, trabajada a la sombra del método fenomenológico de Edmundo Husserl, afirmada en las explanaciones de Rickert, Bergson, Jaspers, Scheler, Ortega, Sartre, Unamuno, Heidegger y otros profundos visceladores que fabrican ese espejo de la conciencia contemporánea, que se llama existencialismo y tan fértiles frutos dio a nuestra disciplina.

Acá lo paradójico resulta que el movimiento haya venido de afuera, del campo filosófico jurídico, que la posibilidad de visualizar la tratativa científica del Derecho, no la hayan efectuado técnicos especialistas en la materia "strictu sensu". Pero es que como lo había predicho una de las "antenas" más finas de nuestra época —Oswald Spenger— los juristas, juristas, no han hecho sino dañar la evolución y el desarrollo original del Derecho de la Cultura Occidental con su pretendida fe romanista. El Derecho romano cobijador de una era netamente individualista no pudo haber hecho otra cosa que poner escollos y hacernos olvidar que el Derecho constituye el símbolo del alma de una cultura, la expresión más patética de la vida de un pueblo y de una Nación. No hay otro Derecho que el histórico, decía Spengler aludiendo al Derecho viviente, limitado espacial y temporalmente en su validez, cuyo criterio de evaluación lo marca su grado de adaptación a las necesidades y exigencias de la comunidad que vive creándolo.

Aunque resulte un tanto fuerte decirlo, estimamos que recién encontrado temáticamente el objeto de la Ciencia del Derecho, puede hablarse de su verdadera existencia como tal.

A la figura egregia del jus-filósofo tucumano Carlos Cossio, la



constitución histórica de la Ciencia del Derecho debe este descollante hallazgo, explicitado en múltiples investigaciones a lo largo de su fecunda obra científica que culmina en "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad". Este libro, faro de la Escuela Jurídica Argentina, asienta las bases fundamentales para una tratativa del Derecho en verdadero y auténtico plano científico.

Si aceptamos la definición que de Ciencia nos da Karl Jaspers (conocimiento metódico cuyo contenido es de certeza constrictiva y validez universal) debemos convenir que hasta la víspera del advenimiento de Cossio en el mundo jurídico, la Ciencia del Derecho estaba por constituirse en los planos fundamentales de su óptica armazón.

Con el solo acierto que significa el haber apuntado temáticamente por primera vez, que la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, es el objeto propio y específico de la Ciencia Jurídica, Cossio ha logrado un puesto culminante en la historia de la misma.

En la toma de posiciones filosóficas, de los dos enfoques: arte—religión y ciencia-técnica, la escuela egológica no vaciló en elegir el segundo. Así sus estudios, contemplando preminentemente las necesidades del técnico del Derecho, del hombre práctico que maneja materiales jurídicos cotidianamente en su diario batallar, ya desde la cátedra, la magistratura o el vario ejercicio de su profesión de abogado. El relevante éxito de propagación obtenido en tan pocos años se debe a ello. Este triunfo se explica también, en las necesidades íntimas de nuestra época, de encontrar fundamentos unitarios para los hallazgos de la técnica. Armonizarlos con el mundo y la vida a la que sirven; poniendo ciencia y técnica, al servicio del vivir y no al revés.

De todas estas magníficas etapas cumplidas por los egológicos que a Carlos Cossio, tienen por comandante, pareciera rayar a mejor altura y sin paralelos en el mundo contemporáneo, esta de haber conseguido totalizar en vuelo integratorio —de unidad y sistema— la vasta altiplanicie de lo jurídico convertido en verdadera Ciencia.

(De la revista del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Tucumán).